

Универзитет „Гоце Делчев“-Штип, Правен факултет, Центар за правно
политички истражувања, Штип, Македонија

Државен Универзитет во Воронеж, Правен факултет,
Воронеж, Русија

Универзитет во Лиеж, Факултет за право, политички науки и криминологија,
Лиеж, Белгија



ВТОРА МЕЃУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА

**ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ ВО
ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ**

ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ

Center for legal and Political Research

Штип, 2015

Second International Scientific Conference: SOCIAL CHANGE IN THE GLOBAL WORLD
© 2015 Copyright Goce Delcev University in Shtip, Republic of Macedonia. Address: Goce Delcev University, Shtip, Faculty of Law, ul. Krste Musirkov bb, PO box 201, 2000, Shtip, R. Macedonia. www.ugd.edu.mk; www.clpmk.org.

Печати / Print 2-ри Август- Штип / 2- ri Avgust- Shtip

Графичка подготовка – Центар за Правно- политички истражувања

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

3(062)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција (2 ; 2015 ; Штип)

Општествените промени во глобалниот свет : зборник на трудови /
Втора меѓународна научна конференција, Штип, 2015. - Штип :
Универзитет "Гоце Делчев", 2015. - 1336 стр. ; 24 см

Текст на повеќе јазици. - Фусноти кон текстот. - Библиографија кон
трудовете

ISBN 978-608-244-267-9

а) Општествени науки - Зборници

COBISS.MK-ID 100106506

Goce Delcev University in Shtip, Faculty of Law, Center for Legal and Political
Research, Shtip, Macedonia

State University of Voronezh, Faculty of Law, Voronezh, Russia

University of Liege, Faculty of Law, Political Science and Criminology, Liege,
Belgium



SECOND INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

**SOCIAL CHANGE IN THE GLOBAL
WORLD**

PROCEEDINGS

Center for legal and Political Research

Shtip, 2015

Университет им. Гоце Делчева, Юридический факультет, Центр правовых и
политических исследований (Штип, Македония)
Воронежский государственный университет, Юридический факультет
(Воронеж, Россия)
Льежский университет, Факультет права, политологии и криминологии (Льеж,
Бельгия)



ВТОРАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

**СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В
ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ**

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ

Center for legal and Political Research

Штип, 2015

Организациски комитет / Organizational Committee / Организационный комитет конференции

Strashko Stojanovski PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Jovan Ananiev PhD, Faculty of Law, University “Goce Delcev”- Shtip, Macedonia, jovan.ananiev@ugd.edu.mk

Kristina Misheva PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, kristina.miseva@ugd.edu.mk

Marija Ampovska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, marija.radevska@ugd.edu.mk

Natalia Vladimirovna Butusova PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, butusova@law.vsu.ru

Nives Mazur Kumrić PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liège, Belgium, nives.mazurkumric@ulg.ac.be

Програмски комитет / Program Committee / Программный комитет конференции

Adoyi Onoja PhD, Nassarawa State University, Keffi, Nigeria, onojaa@yahoo.com

Afet Mamuti PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia, afet.mamuti@unite.edu.mk

Agim Nuhiu PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia, agim.nuhiu@unite.edu.mk

Agor Sarkisyan PhD, University of Svishtov, Bulgaria, agop@uni-svishtov.bg

Alenka Verbole PhD, currently- OSCE Mission in Tirana, University of Ljubljana, Slovenia, alenka.verbole@osce.org

Altin Shegani PhD, Faculty of Law, University of Tirana, Albania, altin_shegani@yahoo.com

Ana Nikodinovska Krstevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, ana.nikodinovska@ugd.edu.mk

Anastasia Bermúdez Torres PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liege, Belgium, abermudez@ulg.ac.be

Andon Majhoshev PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, andon.majhosev@ugd.edu.mk

Bekim Beliqi PhD, University of Prishtina, Department of Political Science, Kosovo, bekim.baliqui@gmail.com

Belul Beqaj PhD, University of Business and Technology, Department of Political Science, Prishtina, Kosovo, belul.beqaj@gmail.com

Borka Tushevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia,
borka.tusevska@ugd.edu.mk

Elena Ivanovna Nosreva PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia,
elena@nosyreva.vrn.ru

Gabriela Belova PhD, Faculty of Law, University “Neofit Rilski”, Blagoevgrad, Bulgaria,
gbelova@hotmail.com

Gemma Andreone PhD, Institute for International Legal Studies of the Italian National Research Council (ISGI - CNR), Italy, gemma.andreone@gmail.com

Haluk Aydin PhD, Faculty of Arts and Sciences, Balıkesir University, Balıkesir, Turkey,
aydinhaluk@hotmail.com

Ivana Bajakić PhD, Department of Economic Sciences, Faculty of Law, Zagreb, Croatia,
ivana.bajakic@pravo.hr

Kristina Misheva PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia,
kristina.miseva@ugd.edu.mk

Kristine Whitable PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia,
kristine.whitable@ugd.edu.mk

Jadranka Denkova PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia,
jadranka.denkova@ugd.edu.mk

James C. Helfrich PhD, Global Scholars, Liberty University, Colorado, USA,
jchelfrich@aol.com

Jovan Ananiev PhD, Faculty of Law, University “Goce Delcev”- Shtip, Macedonia,
jovan.ananiev@ugd.edu.mk

Jusuf Zejneli PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia,
jusuf.zejneli@unite.edu.mk

Maciej Czerwinski PhD, Institute of Slavic Philology, Jagiellonian University, Krakow, Poland, maciej.czerwinski@uj.edu.pl

Marieta Olaru PhD, Doctoral School in Business Administration, Research Center for Business Administration, Department of Business, Consumer Sciences and Quality Management, The Bucharest University of Economic Studies, Romania,
olaru.marieta@gmail.com

Marija Ignjatovic PhD, Faculty of Law, University of Nis, Serbia,
marija@prafak.prafak.ni.ac.rs

Marina Valentinovna Sencova (Karaseva) PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, smv@law.vsu.ru

Mato Brautović PhD, University of Dubrovnik, Croatia, mbraut@unidu.hr

Migena Leskoviku PhD, Law Faculty, European University of Tirana, Albania,
migena.leskoviku@gmail.com

Natalia Vladimirovna Butusova PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia,
butusova@law.vsu.ru

Naser Ademi PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia ,
dr.naserademi@gmail.com

Nives Mazur Kumrić PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liège, Belgium, nives.mazurkumric@ulg.ac.be

Olga Koshevaliska PhD, University “Goce Delcev”- Shtip, Faculty of Law, Macedonia, olga.kosevaliska@ugd.edu.mk

Patrick Wautelet PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liège, Belgium, patrick.wautelet@ulg.ac.be

Recai Aydin PhD, Associate Professor, Vice Rector of International University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, raydin77027@yahoo.com

Ruzica Simic Banovic, PhD in Economics, Senior Assistant - Lecturer, Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia, ruzica.simic@pravo.hr

Senada Sabic Selo PhD, Institute for International Relations, Zagreb, Croatia, senada@irmo.hr

Silviu G. Totelecan PhD, Cluj-Napoca Branch of Romanian Academy, Socio-Human Research Department of "G. Baritiu" History Institute, Romania, silviu.totelecan@gmail.com

Slavejko Sasajkovski PhD, Institute for Sociological, Political and Legal Research, University “St. Cyril and Methodius”, Skopje, Macedonia, bilbilef@ispki.ukim.edu.mk

Strahinja Miljkovića PhD, Faculty of Law, Mitrovica, strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

Strashko Stojanovski PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Suzana Dzamtoska Zdravkovska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, suzana.dzamtoska@ugd.edu.mk

Tamara Perisin, MJur (Oxon) PhD, Department of European Public Law - Jean Monnet, University of Zagreb - Faculty of Law, Croatia, tamara.perisin@pravo.hr

Tatjana Petrovna Suspiciina PhD, Moscow Law Academy, Moscow, Russia

Tunjica Petrašević PhD, Faculty of Law, University of Osijek, Croatia, tpetrase@pravos.hr

Yuriy Nikolaevich Starilov PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, juristar@vmail.ru

Wouter Van Dooren PhD, Public Administration and Management, University of Antwerp, Belgium, wouter.vandooren@uantwerpen.be

Zoran Tomic PhD, University of Mostar, Bosnia and Herzegovina, zoran.tomic@sve-mo.ba

Содержина / Table of Contents

LAW.....	19
-----------------	-----------

ФАКТОРЫ ИЗМЕНЕНИЙ КОНСТИТУЦИЙ

Светлана Шуляпина.....	21
-------------------------------	-----------

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ И РАЗРЕШЕНИЯ КОЛЛИЗИЙ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Инна Стародубцева	31
--------------------------------	-----------

ГУСУДАРСТВЕННАЯ НАЦИОНАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Тамара Владимировна Заметина.....	55
--	-----------

THE MEDIATION IN DOMESTIC VIOLENCE CASES IN POLAND

Barbara J. Pawlak	67
--------------------------------	-----------

EMPHYTEUSIS IN THE ROMAN LAW

Marija Ignjatović	77
--------------------------------	-----------

ЮВЕНАЛЬНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ СТАНОВЛЕНИЯ

Вячеслав Просвирнин	85
----------------------------------	-----------

ASSESSMENT OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

Saša Knežević	101
----------------------------	------------

СЛОБОДНОТО СУДСКО УВЕРУВАЊЕ И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈАТА НА САНКЦИИТЕ ВО СВЕТЛИНАТА НА ЗАКОНСКИТЕ РЕШЕНИЈА ЗА ВОЕДНАЧУВАЊЕ НА КАЗНЕНАТА ПОЛИТИКА

Гордана Бужаровска – Лажетик, Олга Кошевалиска, Лазар Нанев	117
--	------------

ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ivan Ilic	149
------------------------	------------

ВОВЕДУВАЊЕТО НА ПОРОТА ВО КАЗНЕНОТО ЗАКОНОДАВСТВО НА
РМ - ПОСЛЕДЕН ЧЕКОР ВО ЗАОКРУЖУВАЊЕ НА АКУЗАТОРНИОТ
ПРОЦЕСЕН СИСТЕМ

Нада Донева, Елена Максимова 157

НАЈНОВИТЕ КОНТРОЛНИ МЕХАНИЗМИ ЗА КАЗНЕНО - ПРАВНА
ЗАШТИТА НА ЈАВНИТЕ НАБАВКИ ВО Р. МАКЕДОНИЈА ВО ФУНКЦИЈА
НА СПРЕЧУВАЊЕ ОД ЗЛОУПОТРЕБИ НА ЈАВНИТЕ ФИНАНСИИ

Александра Ангеловска, Данче Николовска Вратевска 187

СТАНОВЛЕНИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О ЗАЩИТИТЕЛЬНОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ В ТРУДАХ РУССКИХ
УЧЕНЫХ

Георгий Ильич Сибирцев 205

RIGHTS OF VICTIMS OF HATE CRIMES

Besa Arifi 217

TORTURE AND CRIMINAL-LAW PROTECTION OF THE HUMAN PERSON
IN SOME OF THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Etlon Peppo 231

ACTUAL ISSUES OF THE SUCCESSION LAW REFORM IN THE REPUBLIC
OF SERBIA

Novak Krstić 245

КАУЗАЛИТЕТ ВО РАМКИ НА ГРАЃАНСКО-ПРАВНАТА ОДГОВОРНОСТ
ЗА НУКЛЕАРНА ШТЕТА

Марија Амповска 265

ЗНАЧЕЊЕТО НА ЖИВЕЕЊЕТО ВО ТРАЈНА ЗАЕДНИЦА ВО ОДНОС НА
ЗАКОНСКОТО НАСЛЕДУВАЊЕ

Ристо Илиоски 283

СРАВНИТЕЛНО-ПРАВОВОЈ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛСТВА О
ГРАЖДАНСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И РЕСПУБЛИКИ
МАКЕДОНИЈА

Вера Бабурина 297

ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЕ И ОХРАНА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ КАК ОБЪЕКТ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	
Екатерина Маркина	315
ТРЕТМАНОТ НА ИНТЕЛЕКТУАЛНАТА СОПСТВЕНОСТ ВО МЕЃУНАРОДНИТЕ И ЕВРОПСКИТЕ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА	
Јелена Ристиќ	327
ПОСТАПКА ЗА ПРИЗНАВАЊЕ НА ПРАВОТО НА ПАТЕНТ	
Дарко Јанкуловски	347
DIVORCE BY MUTUAL CONSENT	
Tanja Kitanović	363
THE CONTRACTED PROPERTY REGIME OF THE SPOUSES - COMPARATIVE OVERVIEW	
Emine Zendeli, Nagip Zendeli	377
ROLE OF STOCK EXCHANGE AND SECURITIES IN ACTIVITY OF LISTED JOINT STOCK COMPANIES	
Edi Spaho	395
IMPORTANCE OF SOCIAL-POLITICAL TAX PRINCIPLES IN REGARDS TO PERSONAL INCOME TAXATION	
Emina Jerković	409
THE REGIME FOR FLAG STATE RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL SHIPPING LAW	
Borka Tushevska	427
ENTREPRENEURIAL CAPITALISM IN SOUTHEASTERN EUROPE: IS THERE A PROGRESS?	
Ružica Šimić Banović	451

POSSIBLE SOLUTIONS FOR RESOLUTION OF DISPUTES FOR KNOW-HOW
AGREEMENTS FROM THE ASPECT OF THE PROVISIONS CONTAINED
WITHIN THE MACEDONIAN AND EUROPEAN UNION LEGISLATION

Suzana Nashkova 475

POLITICS.....491

САМОЗАШТИТАТА ВО МАКЕДОНСКОТО ОПШТЕСТВО ОД ВРЕМЕТО
НА СОЦИЈАЛИЗМОТ ДО ДЕНЕС

Драган Веселинов 493

ORGANIZATION AND STRUCTURE OF THE POLICE

Kostadina Klechkaroska 505

ИЛЕГАЛНАТА МИГРАЦИЈА КАКО ПРАШАЊЕ ПО БЕЗБЕДНОСТА

Фелимена Лазаревска, Стефанија Агрова, Тања Јовановска 523

НЕКОИ ПРЕДИЗВИЦИ НА МЕЃУЕТНИЧКАТА ИНТЕГРАЦИЈА ВО
ОБРАЗОВАНИЕТО ВО МАКЕДОНИЈА

Бужар Адил..... 537

RISKS AND POSSIBILITIES OF FEDERALISM IN THE CONDITIONS OF
GLOBALIZATION

Victoria Chernikova 553

COSMOPOLITAN DISSONANCE AND GLOBAL JUSTICE

Marin Beroš 563

СОВРЕМЕННЫЙ ГЛОБАЛЬНЫЙ КОНФЛИКТ: ПРОБЛЕМА
ИДЕНТИФИКАЦИИ

Александра Викторовна Глухова 577

ПОЛИТИЧЕСКАЯ ТЕОЛОГИЯ В ИДЕОЛОГИЧЕСКИХ ЭЛЕМЕНТАХ
СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ СРЕДЫ

Сергей Хорунжий 597

THE INFLUENCE OF ASSESION TO THE EU INTERNAL MARKET ON THE SOCIAL MODEL	
Valbona Nano	619
THE EUROPEAN UNION AS A GLOBAL ACTOR PRESENTED THROUGH ITS FOREIGN POLICY	
Elena Tilovska-Kecedzi	631
THE IMPACT OF THE NEW TECHNOLOGIES ON THE INTERNATIONAL RELATIONS	
Dejan Marolov	639
ВЛИЈАНИЕТО НА ОРГАНИТЕ НА ДРЖАВНАТА ВЛАСТ ВРЗ ДОНЕСУВАЊЕТО НА НАДВОРЕШНО - ПОЛИТИЧКИТЕ ОДЛУКИ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА	
Халим Бајрактари, Љуљим Фариџи	645
ФИКЦИЈАТА НА ОБЈЕКТИВНИТЕ КРИТЕРИУМИ ПРОТИВ ПРАВОТО НА САМООПРЕДЕЛУВАЊЕ: ПРИМЕРОТ НА МАКЕДОНСКОТО МАЏИНСТВО ВО БУГАРИЈА	
Стојко Стојков	659
GROWING IMPORTANCE OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION IN SAFEGUARDING HUMAN RIGHTS	
Zaneta Poposka	677
РЕАЛИЗАЦИЈА МЕЖДУНАРОДНОГО ГУМАНИТАНОГО ПРАВА В КАНАДЕ	
Павел Владимирович Донцов	691
THE POLITICAL PARTIES PROGRAMS AND THEIR STRUCTURE IN REGARDS TO EFFORTS FOR DEVELOPMENT OF MULTI-ETHNIC SOCIETY IN MACEDONIA	
Natalija Shikova	697
CRISIS AND CHALLENGES OF THE MACEDONIAN ASSEMBLY 1991-2014	
Goran Shibakovski, Daniela Koteska Lozoska	719

ТРАНСПАРЕТНОСТ НА ФИНАНСИРАЊЕТО НА ПОЛИТИЧКИТЕ ПАРТИИ И ИЗБОРНИТЕ КАМПАЊИ	
Ирена Поповска	727
ПОЛИТИЧЕСКИТЕ ИДЕОЛОГИИ В ПЕРИОД СОЦИАЛНЫХ ИЗМЕНЕНИЙ: ОПИТ РОССИИ	
Николай Баранов	751
ПАРЛАМЕНТОТ - ПРЕТСТАВНИЧКИ ОРГАН НА ГРАЃАНИТЕ ИЛИ НА ПОЛИТИЧКИТЕ ПАРТИИ	
Снежана Гушева	777
TURKEY AFTER THE ELECTIONS: A PYRRHIC VICTORY?	
Zeuner Kaça	795
ЛИНГВИСТИЧЕСКИЕ СРЕДСТВА СОЗДАНИЯ ПОЛОЖИТЕЛЬНОГО ИМИДЖА ПРЕЗИДЕНТА РФ	
Мария Лапыгина	807
ВЛИЈАНИЕТО НА ИЗБОРНИТЕ ПРАВИЛА ВРЗ ПРЕТСТАВЕНОСТА НА МАЏИНСТВОТА ВО СОБРАНИЕТО НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА	
Никола Амбарков	815
ЈАВНА АДМИНИСТРАЦИЈА И ЈАВНА ПОЛИТИКА – ДИХОТОМИЈА VIS- À-VIS ЗАЕМНА КОМПЛЕМЕНТАРНОСТ	
Дејан Витански	831
THE EMPLOYMENT PROCESS IN TOURIST COMPANIES AS A CONDITION FOR THEIR ENTREPRENEURIAL ADVANCE	
Zlatko Jakovlev, Mimoza Serafimova, Cane Koteski	841
ПРОБЛЕМЫ ПРОДОВОЛЬСТВЕННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ	
Наталья Симонова	857
ENTREPRENEURIAL ADVANCEMENT OF WOMEN IN TOURISM: THE CASE OF MACEDONIA	
Mimoza Serafimova, Biljana Petrevska	863

ВИДОВИ И ТИПОВИ НА МЕНАЦЕРИ

Војо Беловски 877

SOCIETY.....889

ГРАЃАНСКОТО ОПШТЕСТВО ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Виолета Ничева Тиквешанска 891

THE CIVIL PERSPECTIVE ON THE METHOD OF PREVENTION OF
CORRUPTION

Снеж Т. Мојаноски 901

ГРАЃАНСКАТА ПАРТИЦИПАТИВНОСТ ВО ПРОЦЕСОТ НА
ДОНЕСУВАЊЕ НА ОДЛУКИ ВО ЕДИНИЦИТЕ НА ЛОКАЛНАТА
САМОУПРАВА ВО Р. МАКЕДОНИЈА

Страшко Стојановски, Јован Ананиев..... 917

ГЕНДЕРНЫЕ РОЛИ, СОЦИАЛЬНЫЕ СТЕРЕОТИПЫ И ВЕЧНЫЙ
КОНФЛИКТ В РОМАНЕ МАРЕ КАНДРЕ «ЖЕНЧИНА И ДОКТОР ДРЕЙФ»

О.В. Тихонова 933

ON THE FORMATION OF A EUROPEAN IDENTITY

Dmitriy Galushko 937

ПАТОПИСЕЦОТ ПОМЕЃУ ЗАПАДНАТА И ИСТОЧНОЕВРОПСКАТА
КУЛТУРА: ЕМОЦИОНАЛНИОТ ДИСКУРС ВО СОВРЕМЕНИОТ
ПАТОПИС НА ПЕТЕР ХАНДКЕ

Милица Денковска 943

РЕЛАЦИЈАТА ИСТОК-ЗАПАД (ОРИЕНТАЛИЗАМ-БАЛКАНИЗАМ) ВО
ЕДНА СОВРЕМЕНА МАКЕДОНСКА ДРАМА

Милена Ристова-Михајловска 955

NATIONAL FUTURISM AND INVENTED TRADITIONS OF CHUVASH
IDENTITY

Maksym W. Kyrchanoff (Kärçansen Maksămĕ)..... 965

IDENTITIES, CULTURAL DIVERSITY AND BOUNDARIES IN POSTSOVIET COUNTRIES (CASES OF MOLDOVA AND RUSSIA)

Olga Sidenko, Darya Scheglova 981

МАКЕДОНАКИОТ НАЦИОНАЛЕН ИДЕНТИТЕТ ВО ПРЕГРАТКА НА ЕВРОПСКИОТ КОЛЕКТИВЕН ИДЕНТИТЕТ

Анита Димитријовска Јанкуловска 997

СПОРОТ ЗА ИМЕТО МЕЃУ МАКЕДОНИЈА И ГРЦИЈА: МАКЕДОНСКИОТ ИДЕНТИТЕТ И УПОТРЕБАТА НА ТЕРМИНОТ „МАКЕДОНЕЦ“ ВО ДЕЛОТ НА МАКЕДОНИЈА ПОД ГРЦИЈА

Димитар Љоровски, Страшко Стојановски, Магдалена Николова.....1005

ФАЛШИВОЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ОБ «АМЕРИКАНСКОЙ МЕЧТЕ» В АМЕРИКАНСКОЙ КУЛЬТУРЕ ИММИГРАНТОВ

Сафаа Рабееах1025

Е-ПРЕТПРИЕМНИШТВОТО КАКО МОЖНОСТ ЗА НАМАЛУВАЊЕ НА НАУЧНАТА МИГРАЦИЈА ОД РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Татјана Петковска Мирчевска, Наташа Данилоска, Диана Бошковска, Зоран Јаневски.....1035

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ВЛАСТИ И МЕСТНЫХ ЭТНИЧЕСКИХ И КОНФЕССИОНАЛЬНЫХ СООБЩЕСТВ КАК УСЛОВИЕ И ГАРАНТИЯ НОРМАЛЬНОЙ СОЦИАЛЬНОЙ АДАПТАЦИИ МИГРАНТОВ

Михаил Глебович Федоров1049

THE RELATIONSHIP OF GLOBALIZATION AND ISLAMIC RELIGION IN THE PROCESS OF GLOBALIZATION

Фатмир Заими1061

THE NEW ROLE OF CULTURE, HISTORY AND ARCHAEOLOGY IN THE GLOBALISED WORLD OF PERCEPTIONS

Ljuben Tevdovski1073

GLOBALIZATION AND ITS IMPACT ON THE CONTEMPORARY SOCIETY

Xhemail Limani1087

MORAL HAZARD AND GLOBAL FINANCIAL CRISIS IN 2008 Slavejko Sasajkovski, Ljubica Micanovska	1099
ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМАНОМИИ И ОТЧУЖДЕНИЯ В НАУЧНОМ ПРОСТРАНСТВЕ СОЦИОЛОГИИ РЕЛИГИИ Карина Ивановна Политкина, Светлана Викторовна Ануфриенко	1113
INTERNET AS AN IMPETUS FOR SOCIAL CHANGE Ljupcho Cvetkovski	1121
СРАВНИТЕЛНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛСТВА О МОЛОДЕЖНОЙ ПОЛИТИКЕ В СТРАНАХ СОДРУЖЕСТВА НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ Татьяна Шелудякова	1133
СЕМЕЙСТВОТО И СЕМЕЈНИТЕ ВРЕДНОСТИ ВО СОВРЕМЕНАТА МАКЕДОНСКА КНИЖЕВНОСТ ЗА ДЕЦА И МЛАДИ Јованка Денкова	1143
ВЛИЈАНИЕТО НА ГЛОБАЛИЗАЦИЈАТА ВРЗ МАКЕДОНСКОТО СЕМЕЙСТВО Македонка Радуловиќ	1161
СЕМЕЙСТВОТО И СЕМЕЈНИТЕ ВРЕДНОСТИ ВО ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ Тања Јовановска	1171
ПОЈАВАТА НА БЕЗДОМНИШТВО: ОСВРТ КОН РАБОТАТА НА ПУНКТОТ ЗА БЕЗДОМНИЦИ ВО МОМИН ПОТОК ЗА ПЕРИОД ЈУЛИ – ДЕКЕМВРИ 2014 Драгана Лазаревска	1181
КУЛТУРНАТА МАРГИНАЛИЗАЦИЈА НА ЖЕНИТЕ ДЕТЕРМИНИРАНА ОД АНДРОЦЕНТРИЗМОТ Гзим Цамбази	1199
ИЗОБРАЖЕНИЕ БЫТА ДЕРЕВНИ В ПОВЕСТИ А. ВАРЛАМОВА «ДОМ В ДЕРЕВНЕ Татьяна Анатольевна Тернова	1209

КОГА ИДЕОЛОГИЈАТА ЈА ЗАМЕНУВА РЕЛИГИЈАТА – СУДИРИТЕ СЕ
ВО ЕКСПАНЗИЈА

Марија Емилија Кукубајска1213

MEDIA AND COMUNICATION.....1229

AUDIOVISUAL MEDIA MARKET IN ALBANIA: THE TRANSITION TO
DIGITAL BROADCASTING - THE LEGAL FRAMEWORK AND
CHALLENGES

Endira Bushati1231

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ИНСТИТУТЫ В ИНФОРМАЦИОННОМ
ОБЩЕСТВЕ

Юрий Просвирнин1243

NEW MEDIA – OPORTUNITIES AND CHALLENGES OF MODERN
BUSINESS ORGANIZATION MANAGEMENT

Yanica Petkova Dimitrova1265

МЕДИУМИТЕ И ГОВОРОТ НА ОМРАЗА: ПРИМЕРИ ОД ПРАКТИКАТА ВО
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Сузана Цамтоска-Здравковска, Андон Мајхошев, Јадранка Денкова...1277

ЈАЗИЧНИТЕ ОСОБЕНОСТИ НА НОВИНАРСКИТЕ ТЕКСТОВИ КОИ ГИ
ТРЕТИРААТ ЕВРОАТЛАНСКИТЕ ИНТЕГРАЦИИ

Светлана Јакимовска1297

ЈАЗИЦИТЕ- МОСТОВИ И СИДОВИ ВО КОМУНИКАЦИЈАТА

Драгана Кузмановска, Биљана Иванова, Снежана Кирова1311

ANALYSIS OF THE DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF THE
INFORMATION SOCIETY IN WORKS BY Y. MASUDA, M. CASTELLS, W. G.
MARTIN

Anastasia Vasiliyevna Petukhova, Svetlana Krepyшева.....1317

DEMETROPOLIZATION OF CULTURE IN THE PRINT MEDIA IN
MACEDONIA

Andon Majhoshev, Suzana Dzamtoska-Zdravkovska1325

LAW

ФАКТОРЫ ИЗМЕНЕНИЙ КОНСТИТУЦИЙ

Светлана Шуляпина

Аспирант, Институт законодательства и сравнительного правоведения при
Правительстве Российской Федерации

e-mail: svet-lana-36@yandex.ru

Аннотация

Цель данной статьи рассмотрение факторов, приводящих к изменению (пересмотру) конституций государств. В новейшее время возникают новые факторы по изменению конституции государств, которых не знал классический конституционализм. Факторами риска являются политические, социальные или экономические условия (внутренние и внешние). Конституционный процесс по изменению (пересмотру) основных законов обусловлен спецификой исторического и социально-экономического развития каждой страны, влиянием международной ситуации, а также связан со сложившейся политической обстановкой, социально-экономическим положением и менталитетом населения. Проблема конституционных рисков существует во всех государствах и связана не только с политической и экономической устойчивостью государства, но и с работающим механизмом по внесению изменений в конституцию. Риск конституционного упадка позволяют сгладить такие механизмы: 1) включение общественности, политических групп в конституционный процесс по пересмотру конституции; 2) гибкость самого процесса по принятию поправок конституции и другие адаптивные процедуры; 3) специфика основного закона. Полагаем, что важным является вопрос об изменении конституции в двух аспектах: 1) в рамках определенных самой конституцией (пересмотр, ревизия, преемственность); или 2) принятие конституции на новых принципах и условиях (легитимация власти).

Ключевые слова: социально-политические факторы, конституционная реформа, механизм пересмотра конституций.

Abstract

The purpose of the present article is the consideration of factors leading to change (revision) of states' constitutions. During the newest time there are new reasons and factors on change of the constitution of the

states of which were not known by classical constitutionalism. Risk factors are political, social or economic conditions (internal and external). The constitutional process on change (revision) of organic laws are caused by specificity of historical and social and economic development of each country, influence of the international situation, and also it is connected with developed political conditions, economic and social situation and mentality of the population. The problem of the constitutional risks exists in all states and is connected not only with political and economic stability of the state, but also with the working mechanism on modification of the constitution. We believe that the question of changing the constitutions in two aspects is important: 1) within the limits of defined the constitution (change, revision, continuity); 2) constitution acceptance on new principles and conditions (legitimacies of the power).

Keywords: *sociopolitical factors, the constitutional reform, the mechanism of revision of constitutions*

В XXI веке проблема конституционных изменений¹ становится все более актуальной². В современных условиях процессы глобализации и интеграции заставляют по-новому осмыслить конституционные основы государств³. Реалии

¹Изменение конституции может рассматриваться как в «узком», так и в «широком» смыслах, исходя из существующих коннотаций, отображающих культурные традиции в каждой конституционной системе разных стран. Изменения могут происходить путем дополнения конституций и внесения в неё поправок, а также изменение конституции может подразумевать разработку и принятие новой конституции как итог легитимации власти в новых условиях, основанных на новых принципах (может означать разрыв конституционной преемственности). Пересмотр конституции (ревизия) представляет наиболее обширные и формальные изменения, как правило, данные нормы установлены самой конституцией, и пересмотр может осуществляться вплоть до принятия новой редакции основного закона (может сохранять конституционную преемственность).

²См.: Teubner G. Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization. – Oxford: Oxford University Press, 2012.

³См., например: Grimm D. Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung. Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012; Jackson V. Constitutional Engagement in a Transnational Era. – Oxford University Press, 2013.

жизни и вызовы современности с неизбежностью требуют внесения изменений в конституции государств⁴.

Изучение факторов⁵ по изменению конституций сопряжено с трудностью рассмотрения последовательности в многоуровневых подходах данного феномена, но в то же время имеет решающее значение для наступления определенных конституционных последствий.

Рассматривая образование новых государств, мы, первым делом, должны знать, какими силами была учреждена конституция⁶, какой был использован механизм в учреждении конституции, а также в её пересмотре⁷. Необходимо помнить, что принятие новой конституции или пересмотр конституции может служить как прогрессивным преобразованиям, так и может привести к регрессивному состоянию страны.

Новейшее время характеризуется факторами, которых не знал классический конституционализм: новой постановкой социального вопроса (интеграцией социального права в конституционное право), влиянием международного права на конституционное право, конституционализацией отраслей права⁸.

Выделяют факторы внешнего воздействия на национальные правовые системы (взаимовлияния национальных правовых систем и влияние права наднациональных образований) и факторы внутреннего развития (местные

⁴См., например: *Constitutions in the Global Financial Crisis: A comparative analysis* / Edited by X. Contiades. – England: Ashgate, 2013.

⁵Фактор – движущая сила, причина какого-нибудь процесса, явления. Ожегов С. И. Словарь русского языка: Ок. 60000 слов и фразеологических выражений / Под общ. ред. проф. Л. И. Скворцова. 25-е изд., испр. и доп. – М., 2008. – С. 829.

⁶См.: Кравец И.А. Сущность конституций и конституционный процесс (динамика социально-политического содержания российских конституций) // Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 46; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Перевод с венгерского. – М.: Юрист, 2001. – С.26.

⁷Градовский А.Д. Отличительные черты западноевропейского государственного устройства // Собраний сочинений. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1902. – Т.5. – Ч.1. – С.10; Оби Ж.-Б. Исполнительная власть, судебная власть и учредительная власть во Франции. – М., 1996. – С. 11.

⁸Медушевский А.Н. Сравнительное конституционное право и политические институты. Курс лекций. – М.: Изд-во ГУ ВШЭ, 2002. – С. 65.

обычай, религиозные и национальные традиции, социальные и экономические условия)⁹.

Внешними факторами воздействия являются «межнационализация» и «Европеизация», международная и наднациональная экономика, политика глобализации, террористическая угроза, религиозный фундаментализм, миграция. Внутренними факторами может быть «требование граждан» по совершенствованию эффективности и открытости системы правительственных учреждений, развитию демократических институтов, расширению защиты прав человека, а также стремление по созданию федерации, вплоть до отделения или независимости¹⁰.

Обосновываются «идеи открытой государственности», когда «конституционные режимы» стран являются одной из «многоуровневой конституционной системы правления». Происходит процесс «установления новых структур правительства», «изменения формы самоорганизации людей или общества». Одним из самых важных параметров является добровольная передача суверенитета международным организациям и межправительственным органам¹¹. Наблюдается воздействие процессов глобализации на конституционный строй¹².

Наиболее частым основанием проведения конституционной реформы является: 1) изменение политического режима; 2) обретение национальной государственности; 3) проведение социально-экономических реформ¹³.

Для каждой конституции факторы могут иметь персональный характер. Прежде всего, это политические воззрения, существующие в мире, на природу собственности, власти, назначение тех или иных ее институтов. Исходным может быть фактор принадлежности власти определенным социальным слоям и отражение в конституции; немаловажным фактором может являться также

⁹См.: Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. – М., 2010. – Т. 1. – С. 112–118.

¹⁰How Constitutions Change: A Comparative Study / Edited by D. Oliver, C. Fusaro. – Oregon: Oxford and Portland, 2011. – P. 5.

¹¹Kotzuf M. Constitutional amendments and constitutional changes in Germany // Engineering Constitutional Change: A comparative perspective on Europe, Canada and the USA / Edited by X. Contiades. – Centre for European Constitutional Law, 2013. – P. 136–140.

¹²См.: Лафитский В.И. Конституция России и процессы глобализации // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2008. – № 4. – С. 14 – 17.

¹³Арбузкин А.М. Конституционное право зарубежных стран: учебное пособие. – М., 2010. – С. 44.

воля и усмотрение органов и лиц, занимавшихся подготовкой проекта, органа, принимающего конституцию или утверждающего ее текст для вынесения на референдум, а в определенной степени – и пожелания граждан, участвовавших в обсуждении проекта¹⁴. Кроме того, есть факторы эволюционного свойства, связанные с окончанием периода действия конституции. «У каждой конституции есть задачи конкретного характера: если они выполнены, а конституция не изменена или не заменена новой, она может быть малополезной для общественного развития и превратиться в тормоз»¹⁵.

В последнее время особую значимость приобретает фактор внешнеполитический (от геополитики к геоэкономике). Борьба сверхдержав (США, Китай) за сферы влияния и природные ресурсы. В идеологическом плане могут разрабатываться новые демократические принципы «о справедливом использовании мировых природных ресурсов для нужд всего человечества»¹⁶.

В современных условиях проходит «навязывание» конституционных реформ международным сообществом и отдельными государствами.

Известны примеры оказания «международной помощи» в принятии конституций Боснии и Герцеговины (1995), Косово (2008) и других стран¹⁷.

Под неофициальным давлением США принимались конституции Ирака (2005) и Афганистана (2004)¹⁸. Поражение во время войны или поглощение

¹⁴См.: Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. – М., 2000. – С. 22–31.

¹⁵Авакьян С.А. Практика конституционных реформ: некоторые проблемы // Вестник Московского университета. – Серия 11: Право. – 2011. – № 1. – С. 26.

¹⁶Люттвак Э. Н. Государственный переворот: Практическое пособие. – М., 2012. – С.273.

¹⁷См.: Grewe C., Riegner M. Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared / Hrsg. A. von Bogdany, R. Wolfrum. –Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2011. – V.15 – P.1-64. – URL:

http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_01_Riegner_152.pdf(дата обращения: 12.06.2015).

¹⁸См.: Arato A. Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq. – Columbia University Press, 2009; Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. Baghdad, Tokyo, Kabul ...: Constitution Making in Occupied States.– Illinois Public Law and Legal Theory Research PapersSeries,2007. – Paper № 07-07 (October 18). – URL: <http://papers.ssrn.com/abstract=1022686>

внешней властью может привести к «наложенным конституциям», что увеличивает риск конституционной замены¹⁹.

В Судане и в Сомали Западные государства также играли важную роль в разработке и принятии конституций²⁰.

Разные формы интернационализации конституций в большей или меньшей степени содержат в себе принудительный компонент в отношении затронутого государства²¹.

С падением авторитарных режимов в Египте, Тунисе, Ливии завершился «постколониальный этап» этих стран. Возник, в первую очередь, кризис политических режимов и властей. Среди факторов, отмеченных политологами, присутствуют также «внешнеполитическое и геополитическое разногласие» между властями и обществом, ощущение потери национального достоинства²².

В арабском регионе распространен чрезвычайный порядок отмены конституции, когда она утрачивает силу в результате государственного переворота. Обычно каждый такой переворот закрепляется принятием новой конституции²³.

Конституционный процесс по изменению основных законов в арабских странах всегда обладал рядом особенностей: некоторые отражают общие закономерности развития политической системы, другие обусловлены спецификой исторического и социально-экономического развития каждой страны, третьи – влиянием религиозных догм ислама на конституционные основы²⁴.

¹⁹Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. The Endurance of National Constitutions. – Cambridge University Press, 2009. – P. 118.

²⁰Constitution-making and Reform: Options for the Process / M. Brandt, J. Cottrell, Y. Ghai, A. Regan. – Inter peace, 2011. – P. 72– 74.

²¹Гагаева Е.А. Интернационализация национальных конституций: новая тенденция в конституционном праве // Пробелы в российском законодательстве. – 2010. – № 1. – С. 23.

²²См.: Раббимов К.М. Отсутствие легитимности – основная причина революций. – URL: <http://pravozashitnik.at.ua/news/2011-03-10-1675> (дата обращения: 03.11.2011)

²³Баглай М.В. Конституционное право зарубежных стран. – URL: <http://news-zakon.com/2010-12-18-14-34-28/126-mvbaglaj-konstitutsionnoe-pravo-zarubezhnyh-stran/3313-glava-25-konstitutsionnoe-pravo-arabskih-stran-i-izrailja.html>

²⁴См.: Grote R., Röder T. Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity. Oxford University Press, 2012; Хачим Ф.И. Конституционное право

Факторы, приводящие к процессу изменения и пересмотру конституций в различных странах, разнообразны и зависят от обстоятельств, возникших в конкретный период времени. Факторами риска могут быть политические, социальные или экономические условия.

Политическая нестабильность государства (волнения, забастовки, наличие внутреннего вооруженного конфликта), плохие экономические показатели (низкая производительность, уровень реального ВВП на душу населения, высокая инфляция и другое) увеличивают вероятность конституционных изменений.

Риск изменения конституции выше по географическим (национальным) показателям, например, на Ближнем Востоке, в Северной Африке, Восточной Азии, Юго-Восточной Азии и Южной Азии, чем в других регионах²⁵. Развитие демократии и «открытость общества» снижает вероятность изменения конституций.

Замечено, что президентские системы имеют более высокий шанс на выживание, чем парламентские формы правления²⁶. Однако форма правления не является решающим критерием по изменению конституции, всё зависит от ряда определенных условий конкретной страны: распределения ресурсов, уровня развития демократии, экономической эффективности, влияния наднациональных образований и национальных правовых систем.

Таким образом, к факторам, влияющим на конституционный процесс, можно отнести: а) исторический путь государства, условия его возникновения и социально-экономический уровень; б) уровень общей, политической и правовой культуры; в) влияние международной ситуации; г) форма государственного устройства; д) национальные факторы (традиции), менталитет народа; е) влияние религии; ж) этнический (национальный) состав государства²⁷.

Следует отметить особенности дозировки между формальными и

стран ближнего Востока и Северной Африки (Алжир, Египет, Израиль, Иран, Кувейт, Марокко, ОАЭ, Сирия). Учебное пособие. – М., 2009.

²⁵ Hayo B., Voigt S. Determinants of Constitutional Change: Why do Countries Change Their Form of Government? – Philipps-University Marburg, 2010. – № 06. – P. 21 - 23. – URL: www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/06-2010_hayo.pdf (дата обращения: 11.06.2015).

²⁶ Там же. – P. 25.

²⁷ Чудаков М.Ф. Конституционный процесс как элемент процесса развития государства и права отдельной страны // Конституционное и муниципальное право. – 2009. – № 6. – С. 2.

неофициальными изменениями конституций в разных странах: в США судебной властью проведена работа по неизменности конституционного текста в течение времени посредством неофициальной поправки; британское законодательное «всемогущество», происходящее от парламентского суверенитета, позволяет полную конституционную гибкость; немецкий позитивизм одобряет изменение по непринужденности; швейцарская культура референдумов подпитывает управляемое людьми формальное изменение; в то время, как в Испании – это озадаченная формула «conflictual» политической культуры, которая в комбинации блокирует формальные изменения, переадресовывая это через неофициальные пути²⁸.

Риск конституционного упадка («старения конституции») позволяют сгладить такие механизмы: 1) включение общественности, заинтересованных лиц, политических групп в конституционный процесс по изменению конституции; 2) гибкость самого процесса по принятию поправок конституций и другие адаптивные процедуры; 3) специфика основного закона²⁹.

Изменение конституции, как правило, связано с выбором одного из нескольких вариантов решений, что может привести к неоднозначным конституционно-правовым и социальным последствиям. Проблема конституционных рисков³⁰ существует во всех государствах и связана не только с политической и экономической устойчивостью государства, историческими и национальными особенностями, но и с работающим механизмом по внесению изменений в конституцию³¹.

Мы лишь можем утверждать, что факторы – это отправная точка, запускающая механизм изменений конституций, это начальная стадия конституционного процесса, который в конечном итоге приводит к

²⁸Engineering Constitutional Change. A comparative perspective on Europe, Canada and the USA / Edited by X. Contiades. Centre for European Constitutional Law, 2013. – P. 420.

²⁹Закари Элкинс, Том Гинсбург и Джеймс Мелтон особое внимание уделяют факторам «конституционной выносливости», которые непосредственно связаны с демократией, политической стабильностью, экономикой, ВВП на душу населения. См.: Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. The Endurance of National Constitutions. – Cambridge University Press, 2009.

³⁰См.: Киреев В.В. Конституционные риски: проблемы правовой теории и политической практики // Конституционное и муниципальное право. – 2013. – № 3. – С. 24 – 27.

³¹См.: Rasch B. E., Congleton R. D., GMU F. 12. Amendment Procedures and Constitutional Stability. – P 536- 561. – URL: <http://www.rdc1.org/forthcoming/DCD> (Chap 12, Amendment Procedures, Congleton and Rausch).pdf (дата обращения: 11.06.2015).

существенным изменениям основного закона или принятию новой конституции и, возможно, к полной конституционной реформе и реформированию законодательства.

Полагаем, что важным всегда является вопрос об изменении основного закона в двух аспектах: 1) в рамках, определенных самой конституцией (пересмотр, ревизия, преемственность); 2) принятие конституции на новых принципах и условиях (легитимация власти, разрыв конституционной преемственности).

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ И РАЗРЕШЕНИЯ КОЛЛИЗИЙ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Инна Стародубцева

Юридический факультет, Воронежский государственный университет,
Российская Федерация

e-mail: starodubtseva_i@mail.ru

Аннотация

Цель данной статьи состоит в сравнении законодательства, регулирующего решение коллизий между нормативными правовыми актами, споров между органами государственной власти в Российской Федерации и зарубежных странах (Европы, Азии и Америки). Правовая система любого государства эффективно функционирует только при непротиворечивости нормативных актов, действенных правовых механизмах разрешения конфликтов. Регулирование общественных отношений основывается на конституционных нормах, которые формируют базу для всех отраслей права. В статье анализируются предусмотренные в конституциях способы правового воздействия на коллизии: 1) предотвращение коллизий с целью их не допустить; 2) разрешение коллизий (споров) путем последующего конституционного контроля, разрешения споров специально созданными органами, закрепления коллизионных норм. Исследование конституционного регулирования воздействия на коллизии в зарубежных странах позволило выявить позитивные тенденции в части предотвращения и разрешения коллизий, которые могут быть использованы для совершенствования Конституции Российской Федерации и законов. Во-первых, закрепление механизмов предотвращения коллизий, которые отсутствуют в Конституции Российской Федерации. Во-вторых, повышение максимальной независимости органов конституционного контроля от других органов путем назначения членов палатами парламента, по одному члену (или в равном количестве) всеми высшими органами государственной власти. В-третьих, новые конституции, принимаемые с конца XX века, предусматривают более широкую компетенцию органов конституционного контроля по разрешению коллизий.

Ключевые слова: конституция, коллизия, Российская Федерация.

Abstract

The purpose of this paper is to compare the legislations regulating the overcoming the collisions between legal regulations in the Russian Federation and foreign countries (Europe, Asia and America). Any law system works effectively in case the legal regulation is consistent and harmonized. In legal system law regulation of social relations is based on the constitutional norms which form fundament for all branches of law. In article the ways of legal impact on collisions provided in constitutions are analyzed: 1) for the purpose of them not to allow prevention of collisions; 2) permission of collisions (disputes) by the subsequent constitutional control, settlement of disputes by specially created bodies, fixing of conflict norms. Research of the constitutional regulation of impact on collisions in foreign countries allowed to reveal positive tendencies regarding prevention and permission of collisions which can be used for improvement of the Constitution of the Russian Federation and laws. First, fixing of mechanisms of prevention of collisions which are absent in the Constitution of the Russian Federation. Secondly, increase of the maximum independence of bodies of the constitutional control of other bodies by appointment of members as chambers of parliament, on one member (or in equal quantity) all supreme bodies of the government. Thirdly, the new constitutions adopted since the end of the XX century provide wider competence of bodies of the constitutional control on permission of collisions.

Keywords: *constitution, collision, the Russian Federation.*

Коллизии (конфликты, споры, разногласия) возникают в любом обществе между различными субъектами (физическими и юридическими лицами, органами государственной власти и местного самоуправления, общественными объединениями и др.). Правовая система государства успешно функционирует при согласованном регулировании общественных отношений. Это достигается в случае, когда нормы права соответствуют регулируемым общественным отношениям и адекватно отражают уровень их развития, различные виды нормативных правовых актов не противоречат друг другу, споры разрешаются независимыми и компетентными арбитрами. На государство возлагается функция регулирования механизмов разрешения

коллизий, для чего создаются специально уполномоченные органы. Конфликты разрешают судебные органы, такой функцией наделяются Президент и Правительство Российской Федерации, высшие должностные лица субъектов Российской Федерации, негосударственные субъекты (третейские суды, медиаторы). В условиях федерализма правовое регулирование данной сферы усложняется наличием двухуровневого законодательства: федерального и субъектов Российской Федерации. В России оно является недостаточным, пробельным, по вопросу формирования и содержания коллизионного права среди российских ученых нет единого мнения, отсутствуют научные исследования коллизионных отношений как разновидности правоотношений.

Конституция как основной закон государства играет главную роль в правовой системе, в том числе и в части согласованного функционирования ее элементов. Конституция Российской Федерации воздействует на правовую систему по многим аспектам, создает стабильность регулирования наиболее важных общественных отношений, в том числе и коллизионных. Юридические коллизии как противоречия в правовой системе возникают всегда, являясь объективным явлением. В правовой системе России на современном этапе наблюдается немалое число конституционно-правовых коллизий, что делает актуальными научные исследования конституционного регулирования коллизионных отношений. Их системное регулирование должно осуществляться на базе Конституции Российской Федерации, нормы которой закрепляют основы предотвращения и разрешения юридических коллизий.

Актуальность исследования конституционно-правового регулирования коллизионных отношений обусловлена несколькими причинами.

Во-первых, наличием большого количества конституционно-правовых коллизий как противоречий в правовой системе России, затрудняющих ее функционирование: в Конституционный Суд Российской Федерации ежегодно поступает от 18 до 20 тыс. обращений (за период 1995-2012 г.г. 260 914 обращений), но рассматривается намного меньше – за период 1995-2012 г.г. вынесено 349 постановлений, из которых в 204 оспариваемые нормативные положения признаны полностью или частично неконституционными¹; федеральные суды общей юрисдикции ежегодно рассматривают от 4 до 5 тысяч дел о признании противоречащими федеральному законодательству

¹ См.: Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации / <http://www.ksrf.ru>

нормативных правовых актов, более 3 тысяч дел о нарушении избирательного законодательства².

Во-вторых, недостаточной эффективностью механизмов устранения коллизий: неисполнение решений Конституционного Суда Российской Федерации, требующих принятия нормативных правовых актов, составляет 43%, что показывает недейственность последующего конституционного контроля (по данным Министерства юстиции Российской Федерации не исполнены 56 решений за период 1996-2012 г.г., а исполнены 73 решения), исполнение не всех решений Европейского Суда по правам человека (не исполнены 7 решений, требующих внесения изменений в законодательство, за период 2003-2012 г.г.)³, отсутствие законодательного регулирования согласительных процедур для разрешения конституционно-правовых споров.

В-третьих, противоречиями и пробелами в регулировании компетенции органов государственной власти, осуществляющих выявление и разрешение юридических коллизий: «совпадающая» компетенция Президента Российской Федерации и Конституционного Суда Российской Федерации по проверке нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации; неразграниченность компетенции федеральных судов общей юрисдикции и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в сфере абстрактного нормоконтроля. Отсутствует системность правового регулирования выявления коллизий между нормативными правовыми актами - данную сферу общественных отношений на федеральном уровне регулируют различные нормативные правовые акты, преимущественно подзаконные. Ни один законодательный акт комплексно не регулирует механизм выявления

² В 2011 году районные суды рассмотрели 4,1 тыс. дел о признании противоречащими федеральному законодательству нормативных правовых актов, в 2010 году – 4,5 тыс., областные и равные им суды рассмотрели еще 807 дел в 2011 году и 831 в 2010 году; в 2011 году районные суды рассмотрели 3,2 тыс. дел о нарушениях избирательного законодательства (в 2010 году – 3,7 тыс.), 47,5 тыс. жалоб на неправомерные действия органов государственной власти и местного самоуправления (в 2010 году – 43,4 тыс.), 80,5 тыс. жалоб на неправомерные действия должностных лиц, государственных и муниципальных служащих (в 2010 году – 73,4 тыс.) / Обзор судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2011 г. // Российская юстиция. – 2012. - № 9. – С. 62-70.

³ Доклад Министерства юстиции Российской Федерации о результатах мониторинга правоприменения в Российской Федерации за 2011 г. Приложения 1-3 / <http://minjust.ru>

коллизий между всеми нормативными актами: от Конституции Российской Федерации до муниципальных правовых актов.

В-четвертых, недостаточным правовым регулированием и реализацией на практике существующих механизмов предотвращения конституционно-правовых коллизий: предварительный конституционный контроль предусмотрен в Конституции Российской Федерации только в отношении не вступивших в силу международных договоров, и он не является обязательным (Конституционный Суд Российской Федерации проверил только один международный договор - Протокол о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации); независимая правовая экспертиза федеральных законов как наиболее важных источников права законодательно не предусмотрена; конституционно-правовое прогнозирование как способ предотвращения коллизий является недостаточно разработанным в науке и практике. Предотвращение коллизий является важной составной частью механизма обеспечения согласованного функционирования правовой системы, так как позволяет не допустить появления в ней противоречий, а не устранять негативные последствия их действия. В России практически отсутствуют юридические механизмы, обеспечивающие соответствие Конституции Российской Федерации нормативных правовых актов до их вступления в силу, действуют последующие процедуры. Предотвращение конституционно-правовых коллизий необходимо для обеспечения реализации ст. 15 Конституции Российской Федерации о ее высшей юридической силе, непротиворечивости ей законов и иных нормативных правовых актов.

В-пятых, пробельностью и недостаточной урегулированностью обязанностей органов публичной власти принимать меры по результатам выявленных недостатков правового регулирования (порядок, сроки) и их ответственность за нарушение соответствующих обязанностей. Отсутствует срок принятия федеральных законов для исполнения решений Конституционного Суда Российской Федерации, срок подготовки Правительством Российской Федерации законопроектов в 2013 году был увеличен с 3 до 6 месяцев и исключена норма о первоочередном рассмотрении Государственной Думой таких законопроектов⁴. Это приведет к еще более медленному исполнению решений Конституционного Суда Российской Федерации. Министерство юстиции Российской Федерации готовит и направляет Президенту Российской Федерации доклад о результатах

⁴ Внесены изменения в статью 80 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

мониторинга, в котором подводятся итоги и вносятся предложения по совершенствованию законодательства, однако, дальнейший механизм их реализации законодательно не урегулирован. Указанные вопросы касаются не только органов исполнительной власти, но и Федерального Собрания Российской Федерации, поэтому должны регулироваться федеральным законом, а не подзаконными актами. Аналогичные проблемы существуют и на региональном уровне.

В-шестых, недостаточной исследованностью в юридической науке потенциала Конституции Российской Федерации в части регулирования коллизионных отношений и влияния на формирование коллизионного права (федеральное коллизионное право названо в качестве предмета ведения Российской Федерации (п. «п» ст. 71), а п. «а» ст. 72 предусматривает обеспечение соответствия конституций и законов республик, уставов, законов и иных нормативных правовых субъектов Российской Федерации Конституции Российской Федерации и федеральным законам как предмет совместного ведения). Специальные федеральные законы, регулирующие данные предметы ведения, отсутствуют (в том числе и Федеральный закон «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»), что отрицательно сказывается на регулировании коллизионных отношений.

Существенным пробелом Конституции Российской Федерации является отсутствие нормативной базы для предотвращения коллизий. Не во всех конституциях зарубежных стран указанные вопросы также регулируются. В настоящей работе исследуются те конституции, которые регулируют предотвращение и разрешение юридических коллизий, и проводится их сравнительно-правовое исследование с Конституцией Российской Федерации для использования в России их положительного опыта.

В конституциях зарубежных государств предусмотрены следующие основы правового регулирования коллизионных отношений:

1) предотвращение коллизий: общие нормы о верховенстве конституции; запрет отмены конституционных принципов, гарантий и прав законами; предварительный конституционный контроль; запрет расширять полномочия органов государственной власти;

2) разрешение коллизий (споров) путем: последующего конституционного контроля; разрешения споров специально созданными органами; закрепления коллизионных норм.

С точки зрения эффективности действия права предотвращения коллизий является очень важным, так как позволяет не допустить появление

противоречий в правовой системе. На это направлены общие нормы о верховенстве конституции как основа предотвращения и разрешения коллизий. Они могут формулироваться как коллизионный иерархический принцип, устанавливающий соотношение юридической силы нормативных правовых актов. При этом употребляются следующие формулировки: «высшая юридическая сила», «верховенство», «не должно противоречить», «должно соответствовать». Данный принцип устанавливает соотношение конституции и иных актов, законов и подзаконных актов, международных и внутригосударственных актов, законодательства федерации, субъектов федерации и муниципальных актов. Очень редко встречаются иные коллизионные принципы (Конституция Республики Эль-Сальвадор 1983 г. предусматривает «приоритет публичного интереса по отношению к частному» - ст. 246)⁵. В Конституции Демократической Республики Восточный Тимор 2002 г. ст. 2 называется «Суверенитет и конституционность». В ней указывается, что «государство следует положениям Конституции и законов. Действие законов и других актов государства и местных органов власти основывается на их соответствии Конституции»⁶. Конституция Республики Эль-Сальвадор 1983 г. предусматривает, что «принципы, права и обязанности, установленные Конституцией, не могут быть изменены законами, которые регулируют ее исполнение. Конституция превалирует над всеми законами и регламентами»⁷ (ст. 246). Конституции Содружества Доминики 1978 г.⁸ и Сент-Винсента и Гренадин 1979 г.⁹, Политическая Конституция Колумбии

⁵ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 1: Северная и Центральная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 792.

⁶ Конституции государств Азии : в 3 т. / под ред. Т.Я. Хабриевой. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Норма, 2010. – Т.3 : Дальний Восток. С. 54.

⁷ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 1: Северная и Центральная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 792.

⁸ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 2: Карибский регион. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 490-491.

⁹ Там же. С. 662-663.

1991 г.¹⁰ предусматривают только общую норму о верховенстве конституции. Конституция Ямайки 1962 г.¹¹ также включает норму о верховенстве Конституции (ст. 2), однако, допускает исключение из этого общего правила в отношении специальных актов парламента, касающихся прав и свобод (ст. 50). Такой акт должен быть принят не менее 2/3 голосов в каждой палате парламента. Данная норма связана с тем, что для принятия вышеуказанных специальных актов парламента установлен более сложный порядок, чем для изменения Конституции: требуется квалифицированное большинство (2/3) голосов в каждой палате парламента, а для изменения Конституции - простое большинство, или такое же квалифицированное - 2/3 (ст. 49).

Основные отличия предотвращения коллизий в конституциях государств Азии, Америки и Европы от Конституции Российской Федерации следующие:

1. Использование коллизионного принципа приоритета публичного интереса по отношению к частному (Конституция Республики Эль-Сальвадор (ст. 246).
2. Закрепление запрета отмены конституционных принципов, гарантий и прав законами (Политическая Конституция Республики Боливия 1967 г.¹² (ст. 229).
3. Проверка законопроектов в порядке предварительного конституционного контроля.

В Конституции Королевства Таиланд 2007 г. часть 8 называется «Конституционность законов». В ней предусмотрены случаи, в которых «принятые парламентом законопроекты должны быть проверены Конституционным судом до представления их на подпись Королю: если не менее одной десятой депутатов Палаты представителей, сенаторов, членов обеих палат, а также Премьер-министр сочтут, что законопроект противоречит

¹⁰ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 548.

¹¹ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 2: Карибский регион. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 998, 1033-1034.

¹² Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 111.

Конституции или принят в нарушение положений Конституции. На время рассмотрения вопроса Конституционным судом Премьер-министр должен приостановить процедуру промульгации законопроекта. Если Конституционный суд признает законопроект противоречащим Конституции, он должен быть отклонен»¹³. Конституция Республики Панама 1972 г. закрепляет «проверку законопроекта Верховным судом правосудия на соответствие Конституции, если исполнительная власть возражает против проекта, как не соответствующего Конституции, а Законодательная ассамблея большинством голосов настаивает на его принятии. В данном случае исполнительная власть направляет законопроект в Верховный суд правосудия. Если проект будет признан соответствующим Конституции, исполнительная власть обязана его одобрить и обнародовать»¹⁴ (ст. 165). Конституция Республики Эль-Сальвадор 1983 г. предусматривает аналогичную норму. «Если Президент Республики считает неконституционным законопроект, принятый законодательным органом, он должен в течение 3 дней обратиться в Верховный суд юстиции, который заслушивает доводы обеих сторон и в течение 15 дней принимает решение о конституционности или неконституционности законопроекта. Если законопроект признается соответствующим Конституции, Президент Республики обязан его санкционировать и опубликовать»¹⁵ (ст. 138). Конституция Боливарианской Республики Венесуэла 1999 г.¹⁶ предусматривает проверку международных договоров до их ратификации (ст. 336).

Политическая Конституция Республики Боливия 1967 г. регулирует предварительный конституционный контроль в особой форме – *«предоставление консультации Президенту Республики, Председателю Национального конгресса и Председателю Верховного суда правосудия относительно конституционности проектов законов, декретов или*

¹³ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Дальний Восток. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2010. С. 845-846.

¹⁴ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 1: Северная и Центральная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 683.

¹⁵ Там же. С. 774.

¹⁶ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 399-400.

постановлений; или, в конкретном случае, по поводу применения законов, декретов или постановлений. Мнение Конституционного трибунала является обязательным для того органа, который запрашивает консультацию»¹⁷ (ст. 121).

Политическая Конституция Колумбии 1991 г. также содержит нормы о предварительном конституционном контроле, правом осуществления которого наделяется Конституционный суд. Он «рассматривает и выносит окончательное решение о конституционности законопроектов, относительно которых Правительство представило замечания, указав на их несоответствие Конституции, и проектов статутных законов; суд устанавливает их соответствие Конституции по содержанию и форме»¹⁸ (ст. 241).

Конституция Французской Республики 1958 г. наделяет Конституционный совет широкими полномочиями в части предварительного конституционного контроля. «Обязательной проверке подлежат органические законы и регламенты палат Парламента до их промульгации, а обычные законы могут быть проверены по инициативе Президента Республики, Премьер-министра, председателя Национального собрания, председателя Сената, шестидесяти депутатов или сенаторов»¹⁹ (ст. 61).

4. Запрет расширять полномочия органов государственной власти в иных актах, кроме конституции и законов предусмотрено Политической конституцией Республики Никарагуа 1987 г.: «ни одна ветвь государственной власти, государственное учреждение или чиновник не имеют иных прав, полномочий или юрисдикции, кроме предоставляемых им Политической конституцией или законами»²⁰ (ст. 183).

5. «Обязательное участие Верховного суда в законодательном процессе в случаях, когда вносятся изменения в кодексы (но это не относится к законам политического, экономического и административного характера)» содержится

¹⁷ Там же. С. 89-91.

¹⁸ Там же. С. 620-621.

¹⁹ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособие. – М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 67.

²⁰ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 1: Северная и Центральная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 633.

в Конституции Республики Гондурас 1982 г.²¹ (ст. 219), что может рассматриваться как способ предотвращения коллизий в нормативных правовых актах.

Разрешение коллизий в конституциях зарубежных государств регулируется более детально, чем предотвращение, что проявляется, прежде всего, в закреплении компетенции органов конституционного контроля. Виды данных органов разнообразны: Конституционный суд (Республика Гватемала), Верховный суд (Республика Гондурас, Мексиканские Соединенные Штаты, Республика Панама), Конституционная палата в составе Верховного суда юстиции (Республика Эль-Сальвадор, Боливарианская Республика Венесуэла), общие суды во главе с Федеральным верховным судом (Федеративная Республика Бразилия), Высокий суд (Сент-Китс и Невис, Сент-Люсия), Конституционный трибунал (Республика Боливия).

Основные отличия регулирования разрешения коллизий в конституциях государств Азии и Америки от Конституции Российской Федерации следующие:

1. Признание неконституционности бездействия (упущений) законодательных органов (Федеративная Республика Бразилия, Венесуэла). К компетенции Конституционной палаты Верховного суда Венесуэлы относится «объявление о неконституционности упущений законодательных органов (государства, штатов, муниципий) в случае, если они отложили принятие актов или неотложных мер по выполнению Конституции или если эти акты приняты не полностью, а также установление периода времени для их выполнения»²² (ст. 335-336). В соответствии с Конституцией Федеративной Республики Бразилии 1988 г. к полномочиям органов конституционного контроля (это общие суды во главе с Федеральным верховным судом) отнесено «обвинение в бездействии в отношении осуществления основных правил, вытекающих из Конституции. Если решение о неконституционности выносится из-за отсутствия средств для того, чтобы сделать эффективной конституционную норму, то ставится в известность соответствующая ветвь власти с тем, чтобы она приняла необходимые меры; если речь идет об административном органе, то такие меры должны быть приняты в 30-дневный срок»²³ (ст. 103).

²¹ Там же. С. 270-271.

²² Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 399-400.

²³ Там же. С. 192-195.

2. В зарубежных странах более широкий круг субъектов, которые вправе обращаться в органы конституционного контроля с обращениями о неконституционности. Так, в Бразилии «иски о неконституционности могут предъявлять любая политическая партия, имеющая представительство в Национальном конгрессе; любая профсоюзная конфедерация или классовая организация, имеющая национальное представительство. А когда необходимо произвести оценку принципа какой-либо правовой нормы или нормативного акта, то в Федеральный верховный суд вызывается Генеральный адвокат Союза, который должен защищать опротестованный акт»²⁴ (ст. 103). Конституция Мексиканских Соединенных Штатов 1917 г. предусматривает разрешение конституционно-правовых коллизий Верховным судом, в который могут обратиться наряду с иными «традиционными» субъектами: «Генеральный прокурор Республики в отношении федеральных законов или законов федерального округа, одобренных Конгрессом, или в отношении международных договоров, подписанных Мексиканским государством; политические партии в отношении избирательных законов»²⁵.

3. Направленность компетенции органов конституционного контроля на обеспечение конституционных основ народовластия. Это проявляется в особенностях полномочий Конституционного суда Колумбии, который «рассматривает и выносит решения:

- о конституционности указов о назначении даты проведения референдумов – до момента их проведения, в том числе референдумов, на которые выносятся законопроекты; всенародных обсуждений и плебисцитов национального уровня;
- по искам граждан о признании законов не соответствующими Конституции по содержанию и форме;
- по искам граждан о признании неконституционными указов Правительства в рамках наделения Президента чрезвычайными полномочиями по изданию правовых положений, имеющих силу

²⁴ Там же. С. 192-195.

²⁵ См.: Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 1: Северная и Центральная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 526-528.

закона, в случае, когда этого требуют необходимость и государственные интересы;

- по искам граждан о признании неконституционным указа Правительства о Национальном плане инвестиций, имеющим силу закона. Он может быть принят, если Конгресс не одобрил указанный план в течение трех месяцев» (ст. 241).

Широкие возможности граждан для обращения в Конституционный суд Колумбии заключаются и в том, что «любой гражданин может подать иск в защиту неопределенного круга лиц и участвовать в деле в качестве лица, оспаривающего конституционность принятого акта»²⁶ (ст. 242). Политическая Конституция Колумбии отличается от других тем, что устанавливает срок, в течение которого Конституционный суд обязан рассмотреть дело – 60 дней (общий срок), но существуют и случаи сокращения срока до 20 дней (ст. 242).

4. Особая форма обращения в орган конституционного контроля - об установлении фактов нарушения Конституции - предусмотрена в Конституциях Сент-Китса и Невиса 1983 г. и Сент-Люсии 1978 г. В соответствии с Конституцией Сент-Китса и Невиса это «относится к компетенции Высокого суда. Он может установить факт нарушения Конституции и принять соответствующую декларацию. Заявление об этом и о применении судебной защиты может подать любое лицо, имеющее обоснованный интерес. Такое право является дополнительным по отношению к праву на предъявление любого другого иска в связи с теми же фактами. В случае, если Высоким судом принята декларация о факте имевшего место либо продолжающегося нарушения какого-либо положения Конституции, и лицо, по заявлению которого была принята такая декларация, обратилось после этого с заявлением о применении мер судебной защиты, Высокий суд вправе предоставить этому лицу такое средство правовой защиты, которое сочтет надлежащим, из числа способов защиты, предоставленных законом в результате производства по делам в Высоком суде»²⁷ (ст. 96). Аналогичные нормы содержатся и в Конституции Сент-Люсии²⁸ (ст. 105-109).

²⁶ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 620-621.

²⁷ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 2: Карибский регион. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 750-751.

²⁸ Там же. С. 888-890.

5. Создание специального органа по разрешению коллизий предусматривается Конституцией Республики Гаити 1987 г. – это Комиссия по примирению (глава III). «Она призвана разрешать противоречия, возникающие между законодательной и исполнительной властью, или двумя органами законодательной власти. В ее состав входят председатели Кассационного суда, Сената, Палаты депутатов, Постоянного избирательного совета, заместитель председателя Постоянного избирательного совета, два министра, назначаемые Президентом Республики»²⁹.

6. Очень редко непосредственно в конституциях закрепляются коллизионные нормы. Конституция Боливарианской Республики Венесуэла возлагает обязанность по защите целостности Конституции на судей. В ней закрепляется коллизионная норма о том, что «в случае несоответствия между Конституцией и законом или другим нормативным правовым актом применяются конституционные положения. Право объявлять о ничтожности законов и других актов публичной власти, имеющих статус закона, если они противоречат Конституции, принадлежит исключительно Конституционной палате Верховного суда, обладающей конституционной юрисдикцией»³⁰ (ст. 334, 336). В Политической Конституции Колумбии 1991 г. также предусмотрено, что «при несоответствии закона или иной правовой нормы положениям Конституции применяется Конституция»³¹ (ст. 4).

Важным фактором, влияющим на разрешение коллизий, является порядок формирования органов конституционного контроля, обеспечивающий максимальную *независимость их от всех иных органов власти*. Для этого в формировании органов конституционного контроля участвуют несколько органов власти с преобладающими полномочиями парламентов.

Политическая конституция Республики Гватемала (в Главе IV «Конституционный суд») детально регулирует состав и порядок формирования Конституционного суда (ст. 269). Он состоит из 5 магистратов, каждый из которых имеет одного заместителя. Назначение магистратов обеспечивает их максимальную независимость от какого-либо органа государственной власти. «По одному магистрату назначают: пленум Верховного суда правосудия, пленум Конгресса Республики, Президент Республики на Совете министров,

²⁹ Там же. С. 302-303.

³⁰ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 399-400.

³¹ Там же. С. 620-621.

Высший совет Гватемальского университета сан-Карлос, Ассамблеей коллегии адвокатов. Заместители магистратов назначаются в Конгрессе Республики». К особенностям квалификационных требований к магистратам является то, что они должны быть адвокатами, входящими в коллегия. На обеспечение независимости Конституционного суда направлена норма, предусматривающая, что председательствует в Конституционном суде любой из магистратов в порядке очередности в течение одного года, начиная со старшего по возрасту.

По Конституции Федеративной Республики Бразилии Федеральный верховный суд как высший орган конституционного контроля состоит из 11 судей, которые отбираются большинством голосов Федерального сената, после чего назначаются Президентом Республики. В Республике Боливия члены Конституционного трибунала как высшей судебной инстанции в области конституционного контроля назначаются Национальным конгрессом квалифицированным большинством голосов - 2/3. Политическая Конституция Колумбии регулирует создание Конституционного суда следующим образом: «судьи избираются Сенатом персонально на восемь лет из списков, включающих по три кандидатуры на должность, предлагаемых Президентом Республики, Верховным судом и Государственным советом; судьи не могут быть переизбраны. Не могут быть избраны судьями лица, занимавшие должности министров кабинета или Государственного совета в течение года, предшествующего избранию»³² (ст. 239-240).

Орган конституционного контроля Французской Республики - Конституционный Совет - формируется при участии главы государства и обеих палат парламента – по 3 члена назначают Президент Франции, председатель Национального Собрания и председатель Сената (ст. 56). В формировании Федерального конституционного суда Федеративной Республики Германия также участвуют Бундестаг и Бундесрат, избирая равное число судей (ст. 94)³³.

³² Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. д.ю.н., проф. Т.Я. Хабриевой. Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2006. С. 620-621.

³³ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособие. – М. : Волтерс Клувер, 2010. С. 151.

Вывод: сравнительно-правовое исследование конституций зарубежных стран позволило выявить следующие позитивные тенденции их развития в части предотвращения и разрешения коллизий.

Во-первых, закрепление механизмов предотвращения коллизий, что является более важным, чем их разрешение, к которым относятся: - предварительный конституционный контроль; - запрет отмены конституционных принципов, гарантий и прав законами; - запрет расширять полномочия органов государственной власти в иных актах, кроме конституции и законов; - обязательное участие органов конституционного контроля в законодательном процессе.

Во-вторых, повышение максимальной независимости органов конституционного контроля от других органов путем назначения членов палатами парламента, по одному члену (или в равном количестве) всеми высшими органами государственной власти, осуществление функций председательствующего поочередно всеми членами органа конституционного контроля.

В-третьих, новые конституции, принимаемые с конца XX века, предусматривают широкую компетенцию органов конституционного контроля по разрешению коллизий. Помимо «традиционных» полномочий, предусматриваются и следующие: - разрешение коллизий различных юридических норм и объявление, какой из них следует руководствоваться; - разрешение конституционных противоречий, возникающих между любыми органами публичной власти; - признание неконституционности бездействия (упущений) законодательных органов в случае, если они отложили принятие актов или неотложных мер по выполнению Конституции; - установление фактов нарушения Конституции путем принятия соответствующей декларации и предоставление обратившемуся лицу средства правовой защиты.

Вышеизложенные позитивные тенденции характеризуют развитие конституций зарубежных стран на основе их национального опыта правового регулирования и правоприменения, с учетом принадлежности к определенной правовой семье. При использовании их для совершенствования законодательства Российской Федерации необходимо учитывать то, как они будут «встраиваться» в действующие в России механизмы предотвращения и разрешения коллизий. В связи с этим они могут быть подразделены на три группы. К первой группе относятся нормы конституций зарубежных стран, которые могут использоваться для совершенствования законодательства России. Ко второй группе – нормы, использование которых возможно в более

отдаленной перспективе; а к третьей - заимствование которых для России нецелесообразно.

Совершенствование законодательства России, по нашему мнению, возможно в настоящее время в части:

- 1) предварительного конституционного контроля – но не всех актов, а только федеральных законов, ограничивающих права и свободы человека и гражданина; это связано с тем, что в данной сфере возникает наибольшее число конституционно-правовых коллизий в России;
- 2) повышение независимости Конституционного Суда Российской Федерации от Президента Российской Федерации путем изменения порядка его формирования: предоставления права членам Совета Федерации предлагать кандидатуры на должность судей в случае отклонения кандидатуры, предложенной главой государства;
- 3) расширение круга субъектов, которые могут обратиться в орган конституционного контроля с абстрактным запросом о соответствии Конституции Российской Федерации нормативных правовых актов; это связано с тем, что органы государственной власти, наделенные таким полномочием, крайне редко его используют при наличии большого количества коллизий.

В более отдаленной перспективе в России возможно создание специального органа по разрешению коллизий в федеративных отношениях. Его создание будет целесообразно в случае децентрализации федеративных отношений, расширения полномочий субъектов Российской Федерации и их финансовой независимости от федерального центра. Возможно также наделение Конституционного Суда Российской Федерации полномочием по признанию неконституционными бездействия правотворческих органов в случае, если они нарушили сроки принятия нормативных правовых актов для исполнения решений Конституционного Суда Российской Федерации. Для этого требуется установление такого срока для Государственной Думы (он отсутствует в ст. 80 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Такое полномочие обосновывается неисполнением многих решений Конституционного Суда Российской Федерации.

Нецелесообразно заимствование в России обращения граждан в орган конституционного контроля для установления фактов нарушения Конституции и предоставления в связи с этим средств правовой защиты. Это связано с тем,

что в российской системе права схожие полномочия разграничены между Конституционным Судом Российской Федерации (в части признания неконституционными законов, нарушающих конституционные права и свободы граждан) и судами общей юрисдикции, осуществляющими защиту прав граждан в случае их нарушения иным способом.

Со своей стороны Конституция Российской Федерации предусматривает способ разрешения коллизий, который может быть использован в зарубежных странах - приостановление главой государства действия актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае противоречия этих актов Конституции Российской Федерации и федеральным законам, международным обязательствам Российской Федерации или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом (ст. 85). С одной стороны, указанная норма обеспечивает верховенство Конституции и федеральных законов, с другой стороны, гарантирует права субъектов Российской Федерации, так как окончательное решение принимает судебный орган.

Ученые отмечают, что вопрос о том, каким образом возникают и формируются новые отрасли, подотрасли и институты, остается недостаточно исследованным в теоретическом плане. Не менее значимым представляется вопрос, когда и почему есть основания считать, что сформулирована новая отрасль или возник новый институт³⁴. В настоящее время в российской юридической науке обосновывается формирование новых отраслей права: коллизионное право³⁵, экономическое право³⁶. В основе предлагаемых моделей новых отраслей права лежат конституционные нормы.

Формирование коллизионного права предлагается с целью регулирования коллизионных отношений. По вопросу понятия и содержания коллизионного права среди российских ученых нет единого мнения. Одни ученые традиционно считают, что коллизионное право – это «совокупность

³⁴ Институты конституционного права / отв. ред. д.ю.н., проф. Л.В. Андриченко, д.ю.н., проф. А.Е. Постников. – М.: ИД «Юриспруденция», 2011. – С. 27.

³⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие. – М.: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 2000. 394 с.; Стародубцева И. Коллизионное право: модель новой отрасли российского права. – Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013. – 248 с.

³⁶ Ашмарина Е.М., Ручкина Г.Ф. Экономическое право Российской Федерации (предмет и метод, система и структура, источники правового регулирования) // Государство и право. 2012. № 8. С. 57-65.

коллизийных норм в международном частном праве»³⁷. В зарубежных доктринах международного частного права, «если коллизийное право не отождествляется с международным частным правом, то рассматривается в качестве его исходной, обязательной, нередко «тигуюлообразующей» составляющей»³⁸. Другие ученые отмечают, что «коллизийное право регламентирует процедуры предотвращения и разрешения коллизий в федеративных отношениях»³⁹.

Наиболее детально коллизийное право исследовал Ю.А. Тихомиров, который обосновал необходимость его формирования как «комплексной супер-отрасли права». Он справедливо отмечает, что конституционная формула «федеральное коллизийное право» является юридическим ориентиром и стимулом для формирования такой отрасли. Ю.А. Тихомиров ставит коллизийное право в один ряд с такими понятиями, как публичное право, частное право, гуманитарное право, так как ими отражаются и концентрируются наиболее крупные предметы и методы регулирования, охватываются традиционные отрасли, подотрасли права⁴⁰. С такой позицией Ю.А. Тихомирова не соглашаются М.Н. Марченко и Г.С. Прокофьев, которые указывают, что «общая теория термином «суперотрасль» не оперирует, и коллизийное право относится к числу комплексных (несамостоятельных) отраслей российского права»⁴¹.

Ю.А. Тихомиров выделяет три части коллизийного права: общую и две особенные. Общая часть посвящена предмету, принципам, основным понятиям, правопониманию и правовым позициям, процедурам урегулирования разногласий и споров, средствам обеспечения законности. Первая особенная часть включает применение названных способов регулирования спорных правоотношений в рамках национальной правовой системы, между национальными законодательствами, между национальным правом и международным правом. Вторая особенная часть включает в себя

³⁷ Звеков В.П. Международное коллизийное право. – М.: Норма-Инфра-М, 1998. С. 5-21.

³⁸ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве / В.П. Звеков. – М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 8-9.

³⁹ Окуньков Л.А. Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации. – М.: Изд-во БЕК, 1994. С. 59.

⁴⁰ Тихомиров Ю.А. Коллизийное право: учебное и научно-практические пособие. – М.: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 2000. С. 35.

⁴¹ Марченко М.Н., Прокофьев Г.С. Коллизийное право: комплексный анализ и концепция // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 194.

институты и нормы других отраслей права, которые регулируют отраслевые правоотношения и органически связаны с общими способами регулирования спорных правоотношений.

Конституция Российской Федерации относит к предметам ведения Российской Федерации «федеральное коллизионное право» (п. «п» ст. 71), по вопросу понятия и содержания которого точки зрения ученых разделяются. По мнению Ю.А. Тихомирова, «федеральное коллизионное право выступает подотраслью коллизионного права и предназначено для предотвращения и устранения юридических противоречий в федеративных отношениях. Оно состоит, во-первых, из комплекса правовых идей и концепций, отражающих правовое опосредование устройства и функционирования Федерации. Во-вторых, включает материальные компетенционные нормы, устанавливающие объем предметов ведения Федерации и ее субъектов и полномочия их органов. В-третьих, вводит процедуры преодоления разногласий и разрешения споров между участниками коллизионных отношений. В-четвертых, допускает применение мер ответственности к участникам коллизионных отношений»⁴². По его мнению, «федеральное коллизионное право выступает скорее подотраслью конституционного права»⁴³.

По мнению автора настоящей работы, в будущем коллизионное право может получить развитие как комплексная отрасль⁴⁴, предметом которой являются общественные отношения, связанные с юридическими коллизиями в правовой системе. Они требуют специального правового регулирования для обеспечения согласованного функционирования правовой системы,

⁴² Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: учебное и научно-практические пособие. – М.: ЮРИНФОРМЦЕНТР, 2000. С. 293.

⁴³ Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. – М.: Формула права, 2010. – С. 338-339.

⁴⁴ См.: Стародубцева И. Коллизионное право: модель новой отрасли российского права. – Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2013. 248 с.; Стародубцева И.А. Конституционные инструменты формирования коллизионного права как комплексной отрасли // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. – Воронеж: Изд-во ВГУ, 2013. № 2 (15). С. 68-76; Стародубцева И.А. Формирование коллизионного права как комплексной отрасли: обоснование через исследование объективных явлений в правовой системе России, требующих комплексного правового регулирования // Конституционные чтения. Сборник по материалам международной научно-практической конференции кафедры конституционного права России и зарубежных стран. Под ред. Ю.Г. Просвирнина. - Воронеж, 2014. С. 143-156.

предотвращения и устранения последствий системных нарушений. Одним из факторов, оказывающих негативное влияние на правовую систему, являются юридические коллизии как противоречия между правовыми явлениями. С целью предупреждения и минимизации негативных результатов влияния юридических коллизий предлагается системно воздействовать на них правовыми средствами с учетом цикличности развития коллизионных ситуаций: от предотвращения до разрешения и применения ответственности к участникам коллизионных отношений. Данная группа общественных отношений полностью не охватываются предметом ни одной из отраслей права, хотя коллизионное право предусмотрено Конституцией Российской Федерации. Поэтому предлагается следующая модель коллизионного права как комплексной отрасли российского права.

Предметом коллизионного права являются общественные отношения, связанные с юридическими коллизиями в правовой системе (объект воздействия), складывающиеся в процессе ее функционирования с целью достижения согласованности, предотвращения и устранения последствий системных нарушений. Они обладают важнейшими чертами, отличающими их от предмета иных отраслей права и позволяющими выделить в отдельную группу.

Во-первых, объектом воздействия коллизионного права являются юридические коллизии, под которыми понимаются противоречия между правовыми явлениями, возникающими в правовой системе России (нормативными актами, правоприменением, правосознанием, публично-правовые споры и др.). Специальное правовое регулирование данной группы общественных отношений необходимо для согласованного функционирования правовой системы и минимизации негативных результатов влияния на нее юридических коллизий.

Во-вторых, содержание общественных отношений, составляющих предмет коллизионного права, обусловлено системностью воздействия на юридические коллизии и цикличностью развития коллизионных отношений. Цикличный подход позволил определить следующие последовательные стадии воздействия на юридические коллизии, охватывающие весь период развития коллизионной ситуации: 1) предотвращение с целью предвидеть и не допустить; 2) выявление (может совпадать со стадией предотвращения на этапе проектирования); 3) разрешение (внесудебные и судебные процедуры). К указанным общественным отношениям, как логичное продолжение, примыкают отношения по применению мер ответственности к участникам коллизионных отношений.

В-третьих, указанные группы общественных отношений полностью не охватываются предметом ни одной из отраслей права. Частично регулируются конституционным, административным, муниципальным правом, конституционным, гражданским, арбитражным процессами, или правовое регулирование отсутствует (как предотвращение коллизий, частично - выявление), что является пробелом и требуется его восполнение, используя моделирование предмета коллизионного права.

В-четвертых, деятельность субъектов общественных отношений, связанных с воздействием на юридические коллизии, объединяет общая цель - достижение публичного интереса - согласованного и бесперебойного функционирования правовой системы, минимизация в ней противоречий. Указанный публичный интерес превалирует и может сочетаться и с иными интересами общества, государства, физических и юридических лиц.

В-пятых, общественные отношения, связанные с воздействием на юридические коллизии, складываются в процессе публичной деятельности: одной из сторон правоотношений всегда выступает публичный субъект конституционно-правовых отношений (Президент Российской Федерации, парламент, Правительство Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации, суды общей юрисдикции, прокуратура, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и др.), а чаще - с обеих сторон. Спецификой обладает деятельность указанных субъектов публично-правовых отношений: она носит процессуальный характер; субъекты действуют в рамках своей компетенции, связанной с воздействием на юридические коллизии, которая характеризуется бессистемностью и пробельностью, что возможно изменить при формировании коллизионного права как комплексной процессуальной отрасли.

С целью системного регулирования общественных отношений, связанных с воздействием на юридические коллизии, устранения вышеуказанных негативных явлений в правовой системе и предлагается формирование коллизионного права как системосохраняющей отрасли, направленной на достижения согласованного функционирования правовой системы, на предотвращение и устранение внутрисистемных противоречий.

Для формирования предлагаемой модели коллизионного права необходимо принятие нескольких базовых федеральных законов: «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», «О процедурах разрешения споров между органами государственной власти в Российской Федерации», «О коллизионном мониторинге в Российской Федерации», являющихся источниками коллизионного права. Таким образом, с целью

достижения согласованного функционирования правовой системы в будущем возможно формирование коллизионного права как системосохраняющей комплексной отрасли, нормы которой направлены на регулирование коллизионных отношений и применением мер ответственности к их участникам.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ НАЦИОНАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРАВОО РЕГУЛИРОВАНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Тамара Владимировна Заметина

Доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и
международного права ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная
юридическая академия», Россия

e-mail: zametina_saratov@mail.ru

Аннотация

Научная статья посвящена анализу современного конституционно-
правового регулирования национальных отношений в России,
принципам государственной национальной политики, механизму и
проблемам ее реализации. Автор рассматривает содержание
Стратегии государственной национальной политики РФ на период
до 2025 годы, выявляет ее достоинства и недостатки.
Формулируются основные направления совершенствования
государственной национальной политики России.

Ключевые слова: государственная национальная политика России,
конституционно-правовое регулирование, национальные
отношения, принципы, механизмы реализации политики,
национальные меньшинства, региональная национальная
политика.

THE STATE NATIONAL POLICY OF THE RUSSIAN FEDERATION: LEGAL REGULATION, PROBLEMS AND PROSPECTS

Zametina Tamara Vladimirovna

Doctor of Juridical Science, Professor of the department of Constitutional and
International Law at FGBOU VPO "Saratov State Academy of Law", Russia

e-mail: zametina_saratov@mail.ru

Abstract

The scientific article is devoted to the analysis of the current constitutional and legal regulation of national relations in Russia, to the principles of the state national policy, mechanism and problems of its realization. The author considers the content of the Strategy of the state national policy of the Russian Federation for the period up to 2025, identifies its strengths and weaknesses. The main directions of the improvement of the state national policy of Russia are framed.

Keywords: *state national policy of Russia, constitutional and legal regulation of national relations, the principles, policy implementing mechanisms, national minorities, regional national policy.*

Государственная национальная политика Российской Федерации: правовое регулирование, проблемы и перспективы

Российское государство сложилось как многонациональный союз, объединение народов, консолидированных на началах исторической общности, равноправия и сотрудничества.

Геополитический характер властеобразования нашел своё отражение в положениях ч. 1 ст. 3 и Преамбулы Конституции РФ, согласно которым носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является её многонациональный народ.

В Московской Декларации о защите интересов многонациональных государств от 30 июня 1994 г. отмечалось, что соблюдение принципов «единства в многообразии», уважения территориальной целостности, культурного и религиозного разнообразия обществ выступает ключевым фактором жизнедеятельности многонациональных государств.

В Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций, утвержденной резолюцией 55/2 Генеральной Ассамблеи ООН от 8 сентября 2000 г., выражается стремление государств претворять в жизнь принципы демократии и уважения прав человека, включая права меньшинств, принимать меры по обеспечению прав трудящихся-мигрантов, противостоять проявлениям расизма и ксенофобии.

По данным Всероссийской переписи населения 2010 года, сформированным на основе самоопределения граждан на территории России проживают представители 193 национальностей. Большинство народов России на протяжении веков формировались на территории современного Российского государства и внесли свой вклад в развитие российской государственности и культуры.

В советский период в Конституциях РСФСР отсутствовал термин «государственная национальная политика», хотя основные ее принципы нашли законодательное закрепление. Если Конституции РСФСР 1918, 1925, 1937 гг. уделяли внимание административно-территориальному устройству национальных меньшинств (праву национальностей на объединение в автономные областные союзы), а затем, по решению съездов, с утверждения верховных органов РСФСР в автономные республики и об-ласти, закрепляли принцип отказа от дискриминации в зависимости от национальной принадлежности, то Конституция РСФСР 1978 г. (на момент принятия) в духе идей пролетарского интернационализма провозгласила курс государства, «направленный на сближение всех наций и народностей СССР».

Демократические преобразования в конце 80-х - начале 90-х гг. XX в. сопровождались ростом национального самосознания, активизацией этнонациональных организаций и движений, поиском новых форм национально-государственной институционализации.

Конституция РФ от 12 декабря 1993 г. в ред. от 21 июля 2014 г. гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от расы, национальности, языка, отношения к религии, предоставляет право определять и указывать свою национальную принадлежность, право на пользование родным языком, закрепляет права национальных меньшинств и коренных малочисленных народов.

Конституционные основы современной государственной национальной политики Российской Федерации образуют положения Преамбулы, ст. 1-3, ч. 3 ст. 5, 9, 26, ч. 3 ст. 68, ст. 69, п. «в» ст. 71, п. «б», «м» ст. 72 Конституции РФ.

Действующая Конституция РФ 1993 г. в своем тексте не оперирует понятием «этническая политика».

В отличие от международного права, в котором понятие «нация» чаще используется в общегосударственном смысле, в российском законодательстве сохраняется двоякий подход в его трактовке - этатический и этнический.

С этатической, государственной точки зрения сформулированы такие понятия, как «национальное культурное достояние», «национальные парки», «фонд национального благосостояния», национальная стратегия противодействия коррупции и т.д. В Конституции РФ 1993 г. государственная политика гармоничного развития различных этнических общностей также получила название национальной политики. При этом речь идет именно о национальной политике в этническом, а не этатическом смысле слова. Иначе произошло бы дублирование термина «государственная политика».

На наш взгляд, необходимо разграничивать понятия «национальная политика» и «этническая политика», поскольку первое по объёму шире второго. Этническая политика является неотъемлемой составной частью национальной политики. Национальная политика Российской Федерации не сводится к правовой регламентации особого статуса отдельного этноса (этносов), а предполагает комплекс мероприятий, осуществляемых органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления в целях создания условий существования и развития всех народов, населяющих Россию. Однако его использование на региональном уровне считаем необоснованным, поскольку это может привести к разделению населения субъектов на «коренное» и «не коренное», создать привилегированное положение для определенных этнических групп, а также поставить под сомнение единый правовой статус гражданина на всей территории Российской Федерации.

За более чем 20 летний период действия Конституции можно выделить несколько этапов развития государственной национальной политики.

На первом этапе (в течение первых семи лет) после принятия Конституции РФ вопросам регламентации государственной национальной политики уделялось особое внимание, как на законодательном, так и на подзаконном уровне. В 1996 г. была утверждена Концепция государственной национальной политики были приняты важные федеральные законы, определены механизмы реализации Концепции (Декларация о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г., Закон РСФСР от 25 октября 1991 г. в ред. от 11 декабря 2002 г. «О языках народов РСФСР», Федеральный закон от 17 июня 1996 г. № 74-ФЗ в ред. от 4 ноября 2014 г. «О национально-культурной автономии»¹). В целях создания организационных

¹Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 2. Ст. 22; Ведомости съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. №50. Ст. 1740; 2002. №50. Ст. 4926; СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2965; 2002. № 12. Ст. 1093; 2009. № 7. Ст. 779; 2014. №45. Ст. 6146.

основ осуществления государственной национальной политики Постановлениями Правительства 1997 г. были определены меры по реализации Концепции государственной национальной политики Российской Федерации», а также образована Правительственная комиссия по реализации Концепции.

С 1999-2000 гг. специальные правовые акты по вопросам регламентации государственной национальной политики практически не издавались. Внимание уделялось, в первую очередь, отраслевому развитию конституционно-правового статуса коренных малочисленных народов. В тот же период, активная правотворческая деятельность в сфере регламентации национальных отношений осуществлялась на региональном уровне (Федеральный закон от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации», Федеральный закон от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ в ред. от 13 июля 2015 г. «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации», Федеральный закон от 20 июля 2000 г. № 104-ФЗ в ред. от 28 декабря 2013 г. «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации», Федеральный закон от 7 мая 2001 г. № 49-ФЗ в ред. от 31 декабря 2014 г. «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Российской Федерации»²).

С 2008-2009 г. руководство страны вновь осознает необходимость уделять внимание национальному вопросу, об этом свидетельствуют Послания Президента РФ Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 г. подчеркивалось, что «поддержка национальных традиций и культур народов России» является «не только условием укрепления федеративных основ, но и условием согласия в нашем обществе», Президент РФ констатировал, что «межнациональный мир - это одна из главных наших ценностей»³.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию от 12 ноября 2009 г. вновь отмечается необходимость «беречь единое культурное пространство страны во всем его многообразии, помогать сохранению богатых

² СЗ РФ. 2005. № 23. Ст. 2199; СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2208; 2004. № 35. Ст. 3607; 2010. №15. Ст. 1736; 2015. №29 (ч.1). Ст. 4382; СЗ РФ. 2000. № 30. Ст. 3122; 2002. № 12. Ст. 1093; 2004. № 35. Ст. 3607; 2006. № 6. Ст. 636; 2013. №52 (ч.1). Ст. 6961; СЗ РФ. 2001. № 20. Ст. 1972; 2008. № 30 (ч. 2). Ст. 3616; № 49. Ст. 5748; 2015. №1 (ч.1). Ст. 52.

³ Российская газета. № 230. 2008. 6 ноября.

национальных традиций народов России, а также развивать и совершенствовать программы обучения русскому языку»⁴.

О необходимости укрепления межнационального согласия говорилось и в Послании Президента РФ Федеральному Собранию от 12 декабря 2012 г., глава государства отметил, что «попытки провоцировать межэтническую напряжённость, религиозную нетерпимость мы должны рассматривать как вызов единству Российского государства, как угрозу для каждого из нас»⁵.

19 декабря 2012 г. Указом Президента РФ утверждена Стратегия государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года⁶.

В качестве положительного момента новой Стратегии является ее политико-правовая актуальность, учет глобализационных аспектов, и в связи с этим - экономических, миграционных, социально-культурных и демографических процессов происходящих на территории Российской Федерации.

Указанный документ принят в рамках деятельности государства по стратегическому планированию, носит комплексный межотраслевой характер, призван развивать потенциал многонационального народа Российской Федерации (русской нации) и всех составляющих его народов (этнических общностей). Задачи государственной национальной политики сформулированы дифференцированно, в зависимости от сфер реализации (политическая и государственно-правовая, экономическая, духовная сферы и т.д.).

В этом правовом акте подчеркивается объединяющая роль русского народа, отмечается, что «благодаря объединяющей роли русского народа, многовековому межкультурному и межэтническому взаимодействию, на исторической территории Российского государства сформировались уникальное культурное многообразие и духовная общность различных народов». Мы полагаем, что документом заложены основы межэтнической интеграции. Под межэтнической интеграцией, партнерством в межнациональных отношениях мы имеем в виду приоритет общечеловеческих, универсальных ценностей над частногрупповыми, узкоэтническими интересами и конституционное закрепление права каждого человека сохранять национальные традиции, обычаи, пользоваться родным языком и культурой.

⁴ Российская газета. № 214. 2009. 13 ноября.

⁵ Российская газета. № 287. 2012. 13 декабря.

⁶ СЗ РФ. 2012. №52. Ст. 7477.

Принятие новой Стратегии свидетельствует об усилении государственной составляющей в сфере регулирования межнациональных отношений. Стратегия - это актуальный политико-правовой документ, учитывающий глобализационные аспекты, а также экономические, миграционные, социально-культурные и демографические процессы происходящие на территории Российской Федерации. Данный документ принят в рамках деятельности государства по стратегическому планированию, носит комплексный межотраслевой характер.

В документе говорится о необходимости «сочетания общегосударственных интересов и интересов народов России, обеспечения конституционных прав и свобод граждан». Именно такая политика, на наш взгляд, в большей степени соответствует основам конституционного строя России, её федеративной модели государственного устройства и существующему демократическому режиму.

Документ предусматривает различные мероприятия по гармонизации межнациональных отношений практически всех сферах жизнедеятельности общества и государства (деятельность государственных и муниципальных органов, избирательный процесс, деятельность политических партий, служба в Вооруженных Силах РФ, сеть Интернет и т.д.).

Можно отметить и некоторые пробелы данной Стратегии. Указаны не все органы, ответственные за реализацию государственной национальной политики, четко не определены формы взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления, институтов гражданского общества, не включен раздел, определяющий критерии эффективности реализации Стратегии государственной национальной политики, а также раздел позволяющий определить с помощью специальных индикаторов основные характеристики состояния межнациональных отношений, в частности уровень межнациональной напряженности и т.д. Очевидно, что проблема построения гармоничных национальных отношений была и остается актуальной.

Что касается проблем реализации государственной национальной политики, то тут можно выделить следующие:

1. Заложенный Конституцией РФ 1993 г. в структуру построения некоторых субъектов Федерации национальный фактор усиливает межсубъектную асимметрию и влияет на федеративные отношения.

Ст. 65 Конституции закрепила 6 видов субъектов Российской Федерации, ч. 1 ст. 66 и ч. 2 ст. 68 - отдельные атрибуты государственности за

республиками (наличие собственных конституций, установление государственных языков). Асимметричность усиливает факт построения части субъектов Федерации по национальному принципу, части – по территориальному. Эта проблема носит институциональный характер и непосредственно затрагивает основы конституционного строя страны, создает проблемы реализации одного из принципов Российского федерализма – принципа равноправия субъектов Федерации.

Равноправие субъектов Федерации – один из базовых принципов федерализма, связанных с конституционными установлениями о демократическом характере государственной власти и правовом государстве, гарантирующем признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека на всей территории государства.

Конечно, асимметрия сама по себе не является свидетельством ущербности федеративной модели государственного устройства. Её негативные последствия в большей степени проявляются лишь в условиях нестабильности политической системы, обострения социально-экономических проблем, разорванности информационного и социокультурного пространства. Сжатые во времени политико-правовые трансформации, поиск оптимальной модели разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления придают неустойчивость асимметричной модели федерации.

К сожалению, практика свидетельствует о том, что субъекты Федерации в собственных конституционных и иных правовых актах последовательно отстаивают собственную государственность. Так, например, Конституции большинства субъектов Федерации, входящих в Северо-Кавказский федеральный округ и Приволжский федеральный округ вслед за федеральной Конституцией (ч.2 ст. 5), включают в свои тексты определение «республика – государство в составе Российской Федерации». А в ст. 1 Конституции Республики Татарстан от 6 ноября 1992 г. в ред. от 22 ноября 2010 г. вопреки правовым позициям Конституционного Суда РФ содержится утверждение, что «суверенитет Республики Татарстан выражается в обладании всей полнотой государственной власти вне пределов ведения РФ и полномочий РФ по предметам совместного ведения РФ и республики Татарстан и «является неотъемлемым качественным состоянием Республики Татарстан».

2. Полагаем необходимым совершенствовать правовые основы государственной национальной политики. В частности, принять федеральные законы «Об Уполномоченном по правам народов Российской Федерации», «О

принципах и порядке разрешения межнациональных конфликтов в Российской Федерации».

В определенной доработке нуждаются и правовые акты на федеральном уровне, в частности, Инструкция о порядке выявления формирующихся конфликтов в сфере межнациональных отношений и действиях, направленных на ликвидацию их последствий (утв. Приказом Министерства регионального развития РФ от 29 июня 2007 г. № 57).

Согласно Инструкции 2007 г., действия органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в условиях конфликтной ситуации сводятся, в основном, к информированию о ней соответствующих должностных лиц и государственных структур, формированию рабочей группы (комиссии) для комплексного рассмотрения ситуации на месте, доведению до сведения населения через средства массовой информации сведений о развитии ситуации и деятельности органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органов местного самоуправления по ее ликвидации.

Вместе с тем, в Инструкции не определены принципы разрешения конфликтной ситуации на межнациональной почве, практически не регламентирована сама процедура. На наш взгляд, в правовом акте должны быть четко определены стадии процесса урегулирования межнациональных конфликтов, действия федеральных и региональных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления в такой ситуации. К этому процессу следует подключать представителей общественной палаты (Российской Федерации и соответствующего субъекта Федерации), полномочного представителя Президента РФ в федеральном округе, а при необходимости и суды. В перспективе, представляются целесообразным разработка и принятие Федерального закона «О принципах и порядке разрешения межнациональных конфликтов в Российской Федерации».

3. С определенными проблемами сталкивается реализация национальной политики в субъектах Российской Федерации.

Субъекты демонстрируют три основные региональные модели правовой регламентации национальной политики:

1. принимают собственные Концепции, Программы национального развития. При этом, даты утверждения этих документов различны, действуют документы, как утвержденные еще 1996-2000 годах, (например, Постановление Государственного Совета Постановление Государственного Совета Удмуртской Республики от 6 февраля 1998 г. № 584-I "О Концепции государственной национальной политики Удмуртской Республики"), так и

новые - Постановление Правительства Московской области от 23 марта 2012 г. № 352/10 "Об утверждении Концепции реализации государственной национальной политики на территории Московской области", Постановление Правительства Саратовской области от 22 августа 2011 г. № 450-П "О Концепции государственной национальной политики в Саратовской области" и др.).

Субъектами принятия подобных концепций выступают не только высшие исполнительные коллегиальные органы власти регионов, но и высшие должностные лица субъектов (например, Указ Президента Республики Марий Эл от 13 декабря 1997 г. №473 (ред. от 23 июля 2010 г.) «Об утверждении Концепции государственной национальной политики Республики Марий Эл », Указ Президента Республики Татарстан от 3 июля 2008 г. в ред. от 26 июля 2013 г. «Об утверждении Концепции государственной национальной политики в Республике Татарстан»);

2. принимают Планы мероприятий или Государственные программы по реализации Стратегии государственной национальной политики РФ на период до 2025 года (Алтай, Чувашская республика, Республика Кабардино-Балкария, Республика Дагестан);

3. наряду с собственными региональными документами, посвященными национальной политике, разрабатывают специальные правовые акты, направленные на реализацию Стратегии государственной национальной политики РФ на период до 2025 года (Республика Марий Эл, Ставропольский край).

В некоторых субъектах Федерации (Хабаровский край, Сахалинская область) приняты специальные акты, адресованные отдельным общностям, проживающим на территориях субъектов – казачеству, коренным малочисленным народам .

Правовая регламентация и практика реализации государственной национальной политики в субъектах Федерации характеризуется и определенными недостатками: 1) в некоторых субъектах Федерации (преимущественно в территориальных) законодательное регулирование основ национальной политики носит неполный и непоследовательный характер; 2) не всегда уделяется внимание вопросам гармонизации межэтнических отношений в местах компактного проживания мигрантов (проблема координации национальной и миграционной политики); 3) в тех субъектах Федерации, где действуют Концепции национальной политики, не всегда определены формы участия органов государственной власти субъектов Российской Федерации в

формировании правовых, организационных и социально-экономических основ национальных отношений на федеральном уровне; 4) законодательно не регламентированы механизмы раннего предупреждения и своевременного разрешения межнациональных конфликтов; 5) не всегда формализована процедура и органы, осуществляющие мониторинг межнациональных отношений в конкретном регионе, только в отдельных субъектах содержание документов в сфере национальной политики содержит раздел «Информационное и аналитическое обеспечение», что предполагает постоянное накопление и системный анализ социологической и иной информации о жизни народов субъектов Федерации.

16 сентября 2015 г. состоялось заседание президиума Совета по межнациональным отношениям при Президенте РФ, на котором обсуждались вопросы подготовки правительственного плана мероприятий по реализации в 2016-2018 гг. Стратегии государственной национальной политики и создания системы мониторинга состояния межнациональных отношений⁷. Республика Крым, наряду с другими субъектами Федерации (Волгоградская, Воронежская, Иркутская области, Дагестан, Пермский край, Татарстан и Ханты-Мансийский автономный округ) примет участие в создании системы мониторинга межнациональных и межконфессиональных отношений в качестве пилотного региона. С 2015 в этом субъекте начнет работать центр по мониторингу. Впоследствии программа охватит и другие субъекты Федерации⁸.

31 марта 2015 г. Президентом РФ был подписан Указ «О Федеральном агентстве по делам национальностей», руководство которым осуществляет Правительство РФ⁹. К основным функциям агентства относятся: выработка и реализация государственной национальной политики, нормативно-правовое регулирование и оказание государственных услуг в сфере государственной национальной политики; осуществление мер, направленных на укрепление единства многонационального народа Российской Федерации (российской нации), защиты прав национальных меньшинств и коренных малочисленных народов Российской Федерации; взаимодействие с национально-культурными автономиями, казачьими обществами и иными институтами гражданского общества; контроль за реализацией государственной национальной политики;

⁷<http://kremlin.ru/catalog/keywords/26/events/50321> (дата обращения 22.09.2015 г.)

⁸ Гусакова Е. В Крыму усилят мониторинг межнациональных отношений
[//http://www.rg.ru/2014/12/17/reg-kfo/monitoring-anons.html](http://www.rg.ru/2014/12/17/reg-kfo/monitoring-anons.html) (дата обращения 22.09.2015 г.)

⁹ СЗ РФ. 2015. №14. Ст. 2106.

осуществление государственного мониторинга в сфере межнациональных и межконфессиональных отношений и др.

В целом следует констатировать, что Конституция РФ 1993 г. заложила основы государственной национальной политики в Российской Федерации. Ее положения должны конкретизироваться федеральными законами и правовыми актами субъектов Федерации.

Межнациональные отношения затрагивают интересы как отдельного человека, так и российского общества и государства в целом. Эффективная национальная политика выступает одной из основ национальной безопасности Российской Федерации. Последовательная реализация Стратегии государственной национальной политики призвана обеспечить создание дополнительных социально-экономических и политических условий прочного национального и межнационального мира и согласия на всей территории Российской Федерации, укрепление основ конституционного строя, демократии и федерализма.

THE MEDIATION IN DOMESTIC VIOLENCE CASES IN POLAND

Barbara J. Pawlak

University of Social Sciences and Humanities, Warsaw, Poland

e-mail: barbara.jadwiga.pawlak@gmail.com

Abstract

The European Union is committed to protection of and to the establishment of minimum standards with regard to victims of crime. Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence of 11 May 2011 is the European legal instrument to create a comprehensive legal framework to protect women, children and the elderly exposed to domestic violence. The Directive builds upon the key principle of the 'role of the victim in the relevant criminal justice system', so that any victim can rely on the same basic level of rights, regardless of their nationality and country in the EU in which the crime took place. The core objective of this Directive is to assume an individual approach to victims' needs and protection for victims of certain crimes, due to in particular, the risk of secondary victimization.

I am going to concentrate on the problem of enforcement of settlements reached in the presence of a mediator in domestic violence cases and to show the samples of the results from qualitative and quantitative research conducted in Poland. Research aim is to show that the idea of restorative justice, in the light of the victim's right to remedy of damage, when the settlement reached in the presence of a mediator is not performed, is fiction because it is only the perpetrator who benefits from the beneficial procedural effects of the settlement while the victim is subject to secondary victimization. I'd like to show a few important facts should be taken into consideration when referring a case for mediation and in conducting a restorative justice process and current practice it in Poland.

Keywords: *restorative justice; domestic violence; secondary victimisation*

The European Union has set itself the objective of creating and maintaining an area of freedom, security and justice. The Union is committed to protection of, and to the establishment of minimum standards with regard to victims of crime. There are two important documents: Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime; and the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence filed for approval in Istanbul on 11 May 2011.

The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence is the first European legal instrument to create a comprehensive legal framework to protect women against all forms of violence. It is important to note that the Convention does not only apply to women. Parties to the Convention are also encouraged to apply its protective framework to men, children and the elderly exposed to domestic violence. Improving the rights, support, protection and participation of victims in criminal proceedings is a priority of the Commission. Thus, the Directive forms an essential part of a horizontal package of measures, launched by the European Commission in May 2011. This aims to strengthen the rights of victims of crime so that any victim can rely on the same basic level of rights, regardless of their nationality and country in the EU in which the crime took place. The Directive builds upon the key principle of the 'role of the victim in the relevant criminal justice system'. The core objective of this Directive is to assume an individual approach to victims' needs, based on an individual assessment and a targeted and participatory approach towards the provision of information, support, protection and procedural rights. Special attention is given to special support and protection for victims of certain crimes, due to in particular, the risk of secondary and repeat victimization. Victims have a whole range of needs that should be addressed to help them recover: to be recognized and treated with respect and dignity; to be protected and supported; to have access to justice; and to obtain compensation and restoration.

Who is the 'victim'? It is a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss which was directly caused by a criminal offence (Directive 2012/29/EU).

How to understand the concept of 'domestic violence'? It is violence in a close relationship. That means: it is committed by a person who is a current or former spouse, or partner or other family member of the victim, whether or not shares or has shared the same household with the victim; could include physical, sexual or economic violence; could result in physical, mental or emotional harm or economic loss; could cause systematic psychological and physical trauma with

severe consequences, because the offender is a person whom the victim should be able to trust.

The purpose of Article 12 of Victim's Directive is to ensure that where such services are provided, safeguards are in place to ensure the victim is not further victimized as a result of the process. 'Services are used only if they are in the interest of the victim subject to any safety considerations and are based on the victim's free and informed consent'. Such services should therefore have as primary consideration the interests and needs of the victim, repairing harm to the victim and preventing future harm.

One point of my presentation are the samples of the results from qualitative research (case files) and quantitative research (questionnaires). I am going to concentrate on the problem of enforcement of settlements reached in the presence of a mediator in domestic violence cases. So, the research problem is to test:

- how the Polish law secures enforcement of a settlement reached in the presence of a mediator in domestic violence case,
- if the Polish law provides a victim with a guarantee of remedying damage as a result of a settlement reached in the presence of a mediator in domestic violence case,
- if the lack of a guarantee to remedy damage may become a reason for secondary victimization of the injured person;
- how the Polish legal regulations pertaining to mediation compare to the EU law and fall in line with the concept of restorative justice.

Research aim is:

- presenting that in the Polish criminal procedure, in case of agreement to mediation, there is no real warranty of the victim's right to a remedy of damage done to them, because of the nature of the reached settlements and of legal regulations;
- to show that the idea of restorative justice, in the light of the victim's right to remedy of damage, when the settlement reached in the presence of a mediator is not performed, is fiction because it is only the perpetrator who benefits from the beneficial procedural effects of the settlement while the victim is subject to secondary victimization.

Research thesis:

- in the case of mediation agreements, the Polish criminal procedure does not guarantee the injured party the right to real remedy of damage which is against the concept of restorative justice, it may lead to the secondary victimization of the injured person and to violation of their right to a fair trial and an effective legal remedy;
- the lack of a guarantee that the offender performs obligations arising from the mediation settlement are results in a situation where the judges and prosecutors are reluctant to refer cases to mediation;
- this also causes the negative attitude of victims to participation in mediation.

Research hypotheses are another point that remains to be shown. Research hypothesis:

- there is a need for subordinating the beneficial procedural effect for the perpetrator in the criminal procedure e.g. suspending a sentence, decreasing the sentence or conditional discontinuance of the proceedings, to prior performance of obligations covered by the settlement reached in the presence of the mediator;
- it is possible to apply the solution known in other European countries based on the concept of restorative justice in a range of measures securing the performance of the victim –offender mediation agreement.

I will define the scope of the research, materials and research methods.

Research scope:

1. provisions of the Polish civil procedure and criminal procedure with regard to adult and minor perpetrators referred for mediation;
2. regulations of the European Union and the Council of Europe regarding mediation;
3. provisions of selected European countries regarding mediation;
4. polish and foreign literature on the subject.

Research methods:

1. dogmatic analysis of EU and domestic legal regulations;
2. a comparative analysis of legal regulations concerning mediation;
3. sociological studies – case –file research, questionnaires and interview – on the legal consciousness of lawyers involved in mediation.

Research materials:

1. case – file research of cases referred to mediation irrespective of their outcome in court and introductory proceedings;
2. questionnaires (answer to the questions included in the questionnaire) completed by judges, prosecutors, civil law notaries and mediators.

Narrowing the case –file research to:

1. place – courts and prosecutors' office in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
2. subject- selected at random civil law cases, criminal cases with an adult and a juvenile delinquent of a penal act, in which the parties were referred to mediation;
3. time 2008-2014;
4. research unit – one cases referred for the mediation.

230 examined penal cases included: criminal cases in court, criminal cases in prosecution's office and juvenile offender cases. The cases of domestic violence was 125. It accounted for 54.35 per cent of all cases examined.

Narrowing the scope of research of questionnaires to:

1. judges of district, regional and appeal courts in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
2. prosecutors in district, regional and appeal offices in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
3. mediators entered into a list of mediators in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
4. civil law notaries in Łódź region.

Questionnaires have been completed by 139 judges, 92 prosecutors, 151 civil law notaries and 51 mediators. Research has been done twice. The pilot was followed by an online version of the questionnaire. Unfortunately, it did not prove effective enough in yielding the required number of responses. Hence it was necessary to repeat the research on paper.

In conclusion, I'd like to say that a few important facts should be taken into consideration when referring a case for mediation and in conducting a restorative justice process are:

- the nature and severity of the crime;
- the ensuing degree of trauma;

- the repeat violation of a victim's physical, sexual, or psychological integrity;
- power imbalances;
- the age, maturity or intellectual capacity of the victim, which could limit or reduce the victim's ability to make an informed choice.

The court's decision to refer a domestic violence case to mediation is not always informed by the best interest of the victim. Sometimes the rationale behind the court's decision lies with the complexity of the case, the judge's difficulties in communicating with the parties or the desire to close the case as soon as possible. Sometimes the system of justice and the offender are real beneficiaries of terminating the criminal proceedings as an outcome of a mediation agreement.

Effectiveness of mediation depends on the real reason that is the cause of the conflict and on the real expectations of the parties, especially in domestic violence cases. The character of settlements reached in the victim –offender mediation determines whether there is a real possibility to secure their performance by the offender (wishful settlements and quasi civil settlements). When the mediation agreement is not performed there is a risk of secondary victimization of the victim, especially in domestic violence cases.

The accepted changes to the criminal procedure in mediation institutions through a possibility of issuing a writ of enforcement may appear to be insufficient from the victim's perspective because of the content of the settlements reached, especially in domestic violence cases.

During my studies on the subject of mediation I found out that, while during the settlement mediation, included in the broader civil proceedings, the rights of the victim related to the enforcement of mediation are fully protected by the institution of the so called Enforcement Clause in the Civil Code, the Code of Criminal Procedure does not provide such protection for the settlement mediation in criminal proceedings. Hence the offenders can refuse to implement the mediation agreement, after having benefitted earlier from the reduction or cancellation of their criminal responsibility as a result the settlement agreement, which leads to the secondary victimization. The aim of my work is to determine if indeed the lack of an appropriate solution concerning the enforceability of the mediation agreement in the Code of Criminal Procedure can be the reason why the prosecutors and judges reluctantly resort to the mediation in criminal proceedings. If so, what would be the most effective solution to this problem is it possible to use similar institutions from civil proceedings? I also consider the possibility of using a notary public as a mediator in the case of penal mediation and mediation concerning minor perpetrators of penal act in relation to conducting the mediation and securing the

enforcement of mediation settlement. I would really appreciate the chance of exchanging experiences within this field, getting to know how the issues interesting for me were approached in other countries and checking if the models developed and tested in other countries can be applied in Poland. As a part of my doctoral dissertation, I carry out file research concerning mediation settlements related to pre-trial and court proceedings in the field of cases referred for mediation regardless of the outcome of mediation.

RESEARCH QUESTIONS:

1. How does Polish law assure the enforceability of the agreement reached in the presence of the mediator, does it offer the injured party a guarantee of redress, or – for lack of such a guarantee – can it lead to a secondary victimisation of the injured party;
2. Does Polish law with respect to assuring the enforceability of the mediation agreement correspond to the provisions of EU law and how does it apply the idea of restorative justice.

RESEARCH AIM:

1. Presenting that in the Polish criminal procedure, in case of agreement to mediation, there is no real warranty of the victim's right to a remedy of damage done to them because of a nature of the reached settlements and of legal regulations;
2. Showing that an idea of restorative justice, in light of the victim's right to a remedy of damage, when the settlement reached in presence of a mediator is not performed is fiction because only the perpetrator who benefits from beneficial procedural effects of the settlement while the victim is subject to secondary victimisation;
3. Investigating legal provisions of a settlement reached in the presence of the mediator in the Polish civil and criminal procedure and accepted solutions in procedures of other European countries and attempt to apply these solutions in the Polish criminal procedure.

FUNDAMENTAL RESEARCH HYPOTHESES:

- I. It is possible to apply in Polish law solutions tested in other European states on assuring the enforceability of an agreement reached in the presence of the mediator in a criminal case;
- II. It is vital to make the results (beneficial for the perpetrator) arising from the mediation agreement in a criminal case contingent on the perpetrator's prior execution of any and all obligations under the agreement;
- III. The reluctance of the judiciary to refer parties in criminal cases to mediation stems from the faults of the mediation agreements and the absence of statutory assurances of their enforceability;
- IV. Since in a criminal case the mediation agreement mainly concerns the questions of redress and compensation, it is possible to apply the solutions of the civil procedure concerning its conclusion, approval and assurance of enforceability;
- V. There is a need for subordinating the beneficial procedural effect for a perpetrator in criminal procedure e.g. suspending a sentence, decreasing the sentence or conditional discontinuance of the proceedings to prior performance of obligations covered by the settlements reached in the presence of the mediator.

RESEARCH THESIS:

- I. In the case of a settlement reached in a presence of a mediator the Polish criminal procedure does not guarantee the injured party a right of real remedy to damage which is against the concept of restorative justice, it may lead to secondary victimisation of the injured person and to violation of their right to a fair trial and an effective legal remedy;
- II. The lack of a guarantee that the offender performs obligations arising from the mediation settlement are results in the situation where the judges and prosecutors are reluctant to refer cases to mediation; this also causes the negative attitude of victims to participation in mediation.

RESEACH SCOPE:

5. Provisions of the Polish civil procedure and criminal procedure with regard to adult and minor perpetrators referred for mediation;
6. Regulations of the European Union and the Council of Europe regarding mediation;

7. Provisions of selected European countries regarding mediation;
8. Polish and foreign literature on the subject.

RESEARCH METHODS:

4. Dogmatic analysis of EU and domestic legal regulations;
5. A comparative analysis of legal regulations concerning mediation;
6. Sociological studies – questionnaires and interview – on the legal consciousness of lawyers involved in mediation.

REASERCH MATERIALS:

3. Case – file research of cases referred to mediation irrespective of their outcome in court and introductory proceedings;
4. Questionnaires (answer to the questions included in the questionnaire) completed by judges, prosecutors, civil law notaries and mediators.

NARROWING THE CASE –FILE RESEARCH TO:

5. Place – courts and prosecutors' office in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
6. Subject- selected at random civil law cases, criminal cases with an adult and a juvenile delinquent of a penal act, in which the parties were referred to mediation;
7. Time 2008-2014;
8. Research unit – one cases referred for the mediation.

NARROWING THE SCOPE OF RESEARCH OF QUESTIONNAIRES TO:

5. Judges of district, regional and appeal courts in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
6. Prosecutors in district, regional and appeal offices in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
7. Mediators entered into a list of mediators in the jurisdiction of Łódź court of appeal;
8. Civil law notaries in Łódź region.

Questionnaires have been completed by 139 judges, 92 prosecutors, 151 civil law notaries and 51 mediators. Research has been done twice. The pilot were followed by an online version of the questionnaire. Unfortunately, it did not prove effective enough in yielding the required number of responses. Hence it was necessary to repeat the research on paper.

Number of cases study: civil cases – 448 and criminal cases – 230.

CONCLUSIONS

1. Effectiveness of mediation depends on the real reason that is the causa of the conflict and on the real expectations of the parties;
2. Sometimes the system of justice and the offender are real beneficiaries of terminating the criminal proceedings as an outcome of a mediation agreement; when the mediation agreement is not performed there is a risk of secondary victimisation of the victim;
3. The character of settlements reached in the victim –offender mediation determines whether there is a real possibility to secure their performance by the offender (wishful settlements and quasi civil settlements);
4. The accepted changes to the criminal procedure in mediation institutions through a possibility of issuing a writ of enforcement may appear to be insufficient from the victim's perspective because of the content of the settlement reached.

EMPHYTEUSIS У РИМСКОМ ПРАВУ**

Марија Игњатовић

Ванредни професор Правног факултета, Универзитет у Нишу, Србија

e-mail: marija@prafak.ni.ac.rs

Апстракт

Ради очувања расположивог пољопривредног земљишта као и спречавања процеса велике друштвено-економске декаденције, која се ширила Римским Царством III и IV века, Диоклецијан је увео *emphyteusis*, као “спас друштва”, једну од низа мера, коју је касније преузео и Константин, у нади да ће на тај начин удахнути нову снагу, већ тада посрнулом римском друштву. Увођењем најпре, *emphyteusis* као института стварног права, а потом и *contractus emphyteuticarius*, постигнуто је јединство јавних и приватних интереса (интереса појединаца) - латифундисте, коме се овим уговором обезбеђивала трајна и сигурна земљишна рента, потом, колона, кога је овај уговор штито од самовоље латифундисте и на крају, саме државе која је у овом уговору видела средство којим се постизала континуирана обрада земље. *Contractus emphyteuticarius* није био уговор о закупу у правом смислу те речи, јер закуп није подразумевао право отуђења, што је овај уговор омогућавао, а опет није био ни уговор о продаји, већ је овај уговор представљао спецификум времена у коме је настао и који се и касније јавља у средњовековном облигационом праву, које је у великој мери преко рецепције прихватило правна начела, институције и норме посткласичног римског права. Поновно занимање за ову врсту уговора о закупу пољопривредног земљишта јавља се као последица нових тенденција у савременом праву. Према тим тенденцијама, данас, све више се говори у прилог уговора о закупу пољопривредног земљишта у циљу смањења броја необрађених површина, подстицања младих за бављење пољопривредом и повећања прихода старачких домаћинстава. У настојању да се што боље дефинишу ови уговори у савременом праву, потребно је поћи

**Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом ЕУ”, који финансира Правни факултет Универитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

од њихових темеља постављених још давно у римском праву, чиме се још једном потврђује теза о савремености римског права.

Кључне речи: *emphyteusis*, *contractus emphyteuticarius*, друштвено-економска криза, закуп пољопривредног земљишта

EMPHYTEUSIS IN THE ROMAN LAW

Marija Ignjatović

Associate Professor, Law Faculty-University of Niš, Serbia

e-mail: marija@prafak.ni.ac.rs

Abstract

In order to preserve the available agricultural land and to prevent the process of major socio-economic decadence, which spread through the Roman Empire in III and IV century, Diocletian introduced an *emphyteusis* as a "lifeline of society", one of a series of measures which was subsequently taken over by Constantine, hoping it will thus breathe new strength in the already weaken Roman society. By introducing the *emphyteusis* at first as an institute of the Property law, and then as a *contractus emphyteuticarius*, the unity of public and private interests (the interests of individuals) - latifundists, had been achieved, whom this agreement secured a permanent and safe land rent, then, the **colon** which was protected by this contract from the arbitrariness of the latifundists and in the end, the state itself which in this agreement saw a mean for continuous processing of the land. *Contractus emphyteuticarius* was not a lease agreement in the true sense of the word, because the lease did not imply the right of alienation, which this agreement facilitated, and yet it was not a contract of sale, rather a representation of particularity of time in which it occurred, and which, also occurs later in the medieval Law of Obligations, which, through reception, to a large extent accepted legal principles, institutions and norms of the Post-Classical Roman Law. The renewed interest in this type of agreement for lease of agricultural land occurs as a result of new tendencies in Contemporary Law. According to these trends, today, it is much more spoken in favor of the agreement for lease of agricultural land in order to reduce the number of rough surfaces, encouraging young people to engage in agriculture and to increase the

income of the elderly households. In an effort to better define these contracts in the Contemporary Law, it is necessary to start from their foundation established long ago in Roman Law which once again confirms the thesis on the contemporaneity of the Roman Law.

Keywords: *emphyteusis, contractus emphyteuticarius, socio-economic crisis, the lease of agricultural land.*

УВОД

Период домината у историји Рима обележен је општом декаденцијом¹ која је захватила све сфере друштвеног живота. Подела Царства на два дела (Западни и Источни), различит говорни језик, неуспели покушај управљања Царством (Диоклецијанов састав тетрархје), нов начин опорезивања и лоша финансијска ситуација утицали су како на опадање производних снага, тако и на слабљење одбрамбене способности државе, што ће довести до тоталног посрнућа и коначног њеног престанка 476. године (пад Западно римског царства).²

Најзначајнија последица, која је задесила римско царство, услед економског и другог опадања, свакако је била поновно враћање пољопривредној

¹ Проблем декаденције римског царства, питање је које је стално будило пажњу научне јавности и које се покушавало објаснити на најразличитије начине. Једни аутори су објашњење за ову појаву налазили у политичким разлозима, наводећи да оптерећени питањима наслеђа царског престола, претенденти на то место су водили дуготрајне и исцрпљујуће међусобне борбе, што је довело до слабљења одбрамбене способности државе и краха пред налетом варварских племена. Други су, објашњење за тако нешто налазили у морално-духовном посрнућу римског друштва у периоду домината, истичући пропадање старих римских обичаја и врлина, као и пропадање очинске власти и дугих темељних римских института. Опширније: Борас, М.; Маргетић, Л. – Римско право, Загреб, 1980, стр. 211.

² „Чини се да је основна грешка домината била у спутавању свих извора богатства империји. Начелна везаност уз занимање, нарочито наследна везаност колона за земљу, увелико је спутала стваралачке снаге становништва, а везаност разних имовинских маса умртвила је велики дио националног богатства....Свака провинција животарила је како је најбоље знала притиснута централном администрацијом и домаћим велепосједницима, а спона међу провинцијама биле су још само управа и војска“. Види: Борас, М.; Маргетић, Л. *op cit.* стр. 210.

производњи. Све гране привреде које су до тада постојале (занатство, трговина, саобраћај, рударство и др.), престале су да постоје уколико нису биле у функцији пољопривреде.³ То је директно утицало на опадање моћи Царства и на драстично смањење промета и трговине, а са друге стране афирмисало је започет процес натурализације. Општа тенденција била је враћање затвореној кућној производњи, која је у центар збивања имала велепосед, као стециште свеукупних друштвених дешавања. Овакав начин привређивања био је неспојив са робним карактером производње, што је довело до слабљења и тоталног губитке средњих имања, која више нису имала никакве услове за даљи опстанак. Оваком развоју догађаја одговарало је и слабљење државне власти која није била у стању да се супротстави све израженијем процесу натурализације. Тенденција пораста велепоседа довела је до појаве колона, самосталних сељака, који су по својој вољи или силом прилика улазили у састав велепоседа, јачајући на тај начин улогу власника поседа. Власник поседа је, по мишљењу Beaudoin, био нека врста *iudex privatus*, што је било супротно начелима касног римског царства. Али и поред постојећих забрана, он је фигурирао у својој пуној снази што је било последица слабости државе на једној страни и јачања поседа на другој.⁴ На тај начин, велепосед је добијао све више на својој економској самосталности и независности а окупљао је људе ширег региона.⁵

Са друге стране, лоша ситуација у привреди одражавла се и на одбрамбену способност државе. Одржавање војске услед постојања натуралне производње била је готово немогућа појава. Обезбеђивање војске храном, опремом, одећом и обућом у све несигурнијим приликама у држави услед учесталих варварских напада, постало је крајње отежано. У таквим приликама, цареви почев од Диоклецијана, почели су један део војске да претварају у пограничну полицију, којој су давали државно земљиште на обраду, најпре у

³ Анархија, која је уследила у периоду домината, била је период насиља, пљачки, несигурности за живот и имовину, па је то довело до тога да су трговина и рзамена у многим подручјима сасвим замрли. О томе: Lot, F. – *La fin du monde antique et le debut du Moyen Age*, Paris, 1927, p. 62-64.

⁴ О томе: Beaudoin, E. – *les grands domaines dans l'Empire Romain*, - nouvelle revue historique de droit francais et etranger, 1889, p. 71.

⁵ „Понекад се такво понашање римских великаша тумачи као губитак колективне свести и небрига за интерес царства као целине, а разлози се за то проналазе у разним утицајима, уз остало, и утицају хришћанства и цркве, промењеног социјалног састава виших слојева друштва, нестанка староримске честитости и сличним разлозима“. О томе: Ромац, А. – *Римска привреда и процес њене натурализације*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1966, стр. 62.

пограничним деловима царства. Тако је дошло до настанка једне посебне врсте трајног или дугорочног закупа земљишта (*emphyteusis*).

1. *Emphyteusis* у римском праву

Имајући у виду напред описане прилике у Царству у доба домината, јасно се може уочити тежња ондашњих владара да увођењем једног новог стварно-правног института каква је била *emphyteusis* у римском праву, заправо спроведу једну нову „стару“ републиканску аграрну политику и да њоме са једне стране спроведу одређене мере у циљу одржања војске, а истовремено да од те исте војске створе средњи сталеж, који је недостајао у друштву. Тако је Диоклецијан увео *emphyteusis*, као “спас друштва”, једну од низа мера, коју је касније преузео и Константин, у нади да ће на тај начин удахнути нову снагу, већ тада посрнулом римском друштву. Увођењем *emphyteusis* држава је давала право на трајно или дугорочно коришћење земљишта које до тада или није било обрађивано или коме је мењана култура обрађивања, а које је припадало држави или неком граду уз обавезу плаћања закупнине. За политиком владара, повели су се и ондашњи велепоседници, па је тако временом овај институт постао раширен по целом Царству. *Si quid de fiscalibus agris vel aedificiis donatione principis vel venditione vel qualibet ratione ad privatos fortasse prevenerit, id lex ista constituit ut soluto canone a possessoribus in perpetuum teneatur et, inpletis fiscalibus debitis, illi qua possidenti heredibus suis relinquendi aut quibus voluerint donandi habeant potestatem* (N. Marc, 3. Interpretatio).⁶

*Emphyteusis*⁷ је тако постало стварно, отуђиво и наследно право на туђем земљишту, које је закупцу давало право на потпуно коришћење тог земљишта. Настајало је посебним уговором *contractus emphyteuticarius* у коме су јасно биле одређене стране уговора и у коме је био прецизно одређен предмет уговора, а то је било земљиште које до тада није било обрађивано а налазило се у склопу императорских салтуса или земљиште коме је била промењена култура. На основу овог уговора купац се је обавезивао да годишње плаћа власнику

⁶ Ако приватницима дођу у руке нека државна земљишта или зграде царевим даровањем, или продајом, или било на који други начин, тај је закон одредио да закупци то трајно држе плаћањем закупнине, и након што плате дугове према држави, они који их поседују могу их оставити потомцима или их даровати коме желе.

⁷ *Emphyteusis* је био институт касног римског царства, пореклом из грчких покрајина, о чему говори и назив овог института. У буквалном преводу значење овог назива је „пуста земља коју ваља обрадити“.

земљишта закупнину (*canon, vectigal, pensio, redditus*).⁸ *Contractus emphyteuticarius* није био уговор о закупу у правом смислу те речи, јер закуп није подразумевао право отуђења, што је овај уговор омогућавао, а опет није био ни уговор о продаји, већ је овај уговор представљао спецификум времена у коме је настао. (C. 4, 66,1) *Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum* (...) Дакле, закупци који су испочетка обрађивали земљиште нису били пуки стварно правни закупци, већ су имали одређена овлашћења која су далеко превезилазила оквире права закупа (право отуђења, право наслеђа).

Отуда се могу уочити основна права и обавезе уговорних страна која су карактерисале овај уговора. Пре свега, може се уочити да је реч о консенсуалном правном послу, јер *canon* који се плаћао код овог уговора није био закупнина у правом смислу речи, већ знак признања туђег земљишног власништва (консесуална погодба). Са друге стране, особа која је била купац, била је потпуно слободна, није била везана за земљиште, као што је то био случај са колонима. Затим, купац је имао право да отуђи емфитеутско земљиште само уз допуштење власника, у случају купопродаје тако што је купац био дужан најпре њему да да право прече куповине. Ако власник земљишта не би искористио то право, купац је био дужан да му плати *laudemium*, односно да му исплати 2% од добијене цене. Права емфитеуте су се гасила уколико емфитеута није плаћао закупнину за задње три године, а код закупа црквених добара задње две године. Такође, права емфитеуте су се гасила и ако је погоршао црквено земљиште. И на крају емфитеута није смео једнострано да напусти земљиште.

У доба Јустинијана емфитеуза као дуготрајни закуп земљишта била је изједначена са правом на трајно коришћење туђег земљишта намењеног за сеоску производњу (*ius in agro vectigali* или *ius perpetuum*).⁹

ЗАКЉУЧАК

Иако је *emphyteusis* институт римског права, настао у касном Царству са тежњом да се посрнулом римском друштву удахне нова снага и да нов импулс

⁸ Имајући у виду одређене инвестиције које је купац земљишта имао на земљишту, у почетку је био ослобођен плаћања закупнине

⁹ Јустинијан је оба ова института изједначио, али не тако што је донео посебан закон, већ тако што је у Дигестима на више места када се помиње *ager vectigalis* додао речи *id est emphyteuticarius*. Опширније: Барон, И. – Институције римског права, (превод: Шрепел, М.), Загреб, 1925, стр. 171.

ради очувања расположивог пољопривредног земљишта, као и да се спречи процес велике друштвено-економске декаденције, до тоталне декаденције римског друштва је ипак дошло, што је довело до нестанка ове велике Империје са места историјске лествице. Натурализација римске привреде довела је до тешког плаћања данка, тиме што је убрзани процес натурализације довео до стварања нових услова који су означили крај робовласничким односима и омогућили прелазак на нове феудалне односе. Па ипак, институт емфитеузе, као покушај спровођења аграрних мера, дао је своје ефекте у праву. Овај институ дуго је био у употреби током средњовековног периода, а све више бива интересантан и савременом праву у коме се јавља поновно занимање за ову врсту уговора. Према тим тенденцијама, данас, све више се говори у прилог уговора о закупу пољопривредног земљишта у власништву државе, а у циљу смањења броја необрађених површина, подстицања младих за бављење пољопривредом и повећања прихода старачких домаћинстава. Могућност да се закупе њиве у власништву државе данас изазива велику пажњу пољопривредника који могу да закупе и веће парцела на дужи временски рок (и до 40 година). У том смислу интересантна је одлука Министарства за пољопривреду, шумарство и водопривреду Републике Македоније, које је у овом правцу отишло корак даље, дајући пољопривредно земљиште у закуп и до 70 година и то како домаћим тако и страним правним и физичким лицима, која су регистрована за обављање пољопривредне делатности или су у евиденцији јединственог регистра за обављање пољопривредне делатности.

ЮВЕНАЛЬНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ СТАНОВЛЕНИЯ

Вячеслав Просвирнин

Заведующий кафедрой уголовного права Центрального филиала Российского государственного университета правосудия, доцент, Россия

e-mail: vprosvirnin@gmail.com

Аннотация

В гражданском обществе России идет дискуссия о возможности и необходимости возрождения ювенальной юстиции. Усилия ученых и практиков, особенно судейского сообщества, направлены на изучение имеющегося мирового опыта в этой области, на совершенствование форм отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, на внедрение в правоприменительную деятельность новых ювенальных технологий. Указанные проблемы требуют широкого изучения в рамках ювенальной отрасли, в правоприменительной деятельности, при разработке и принятии новых нормативно-правовых актов. Научные исследования свидетельствуют о положительном опыте внедрения, а вернее восстановления, ювенальной юстиции в России. Неординарность и комплексность данных проблем, привлекли к их изучению специалистов в области конституционного и уголовного права, уголовного процесса, криминологии и иных отраслей права. К настоящему времени еще не разработаны единые терминологические конструкции и теоретической концепции осуществления правосудия и организации профилактики правонарушений в отношении несовершеннолетних, а также связанных с ними деятельности. В тоже время, исследование понятия и сущности ювенальной юстиции помогает ответить на вопрос: нужна ли она России. Таким образом, появившиеся «ювенальные отношения» ставят перед государством задачу разработки и принятия кодифицированного закона, регулирующего эти отношения и учитывающие их в практике государственного строительства.

Ключевые слова: ювенальный, юстиция, несовершеннолетний, правонарушитель, профилактика.

JUVENILE JUSTICE IN RUSSIA: FORMATION PROBLEMS

Viacheslav Prosvirnin

Head of the Criminal Law Department of the Central branch of the Russian state
university of justice, associate professor, Russia

e-mail: vprosvirnin@gmail.com

Abstract

In civil society of Russia there is a discussion about opportunity and need of revival of juvenile justice. Efforts of scientists and practitioners, especially judicial community, are directed on studying of the available world experience in this area, on improvement of forms of administration of justice concerning minors, on introduction in law-enforcement activity of new juvenile technologies. The specified problems demand broad studying within juvenile branch, in law-enforcement activity, during the developing and adoption of new normative legal acts. Scientific researches testify to positive experience of introduction, and is more right than restoration, juvenile justice in Russia. Eccentricity and complexity of these problems, involved in their studying of experts in the field of the constitutional and criminal law, criminal trial, criminology and other branches of the right. So far uniform terminological designs and the theoretical concept of implementation of justice and the organization of prevention of offenses concerning minors, and also related activity aren't developed yet. In too time, research of concept and essence of juvenile justice helps to answer a question: whether it is necessary to Russia. Thus, the appeared "juvenile relations" set for the state a task of development and adoption of the codified law governing these relations and considering them in practice of the state construction.

Keywords: *juvenile, justice, minor, offender, prevention.*

Анализ практики правоохранительной деятельности и состояния преступности показывает, что принимаемые государственными органами и общественными организациями меры борьбы с правонарушениями среди несовершеннолетних в настоящее время не обеспечивают надлежащего

решения указанной проблемы. Сложившееся положение требует поиска новых подходов, совершенствования форм и методов предупредительной и профилактической работы, что в значительной степени повышает значимость изучения вопросов становления ювенальной юстиции в России, как института защиты прав и законных интересов несовершеннолетних.

Вопросы защиты прав и законных интересов несовершеннолетних находятся в центре внимания юридической общественности, государственных органов и общественных организаций, занимающихся различными аспектами профилактики подростковой преступности. В средствах массовой информации, в литературе по данному вопросу имеется много публикаций¹. Однако, нет общего понимания сущности, целей и задач ювенальной юстиции, в результате не сложилась общая концепция ее реформирования в правовой системе. Требуется глубокого научного исследования и вопрос о наличии в российском праве ювенальной юрисдикции.

Термин «юрисдикция» употребляется для обозначения в различных правоотношениях компетенции, подведомственности, подсудности, контроля, охраны, круга дел, сферы, на которую распространяются соответствующие полномочия»². На основе этого определения можно утверждать, что установленные УПК РФ, УК РФ, Федеральным законом «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»³,

¹ См., например: *Быкин В. И., Черчага С. В.* Возвращение ювенальной юстиции в Россию / В.И. Быкин, С.В. Черчага // Вопросы ювенальной юстиции. 2006. № 1. С.3-5; *Коновалова И. А.* Проблемы становления института ювенальной юстиции / И.А. Коновалова // Экономика и право. 2004. № 3. С. 97-103; Ювенология и ювенальная политика в XXI веке: опыт комплексного междисциплинарного исследования / под ред. Е. Г. Слуцкого. СПб., 2004. 734 с.; *Рабец А. М.* Ювенальное право Российской Федерации: учеб. для магистров / А. М. Рабец. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. 447 с.; *Марковичева Е. В.* Ювенальное уголовное судопроизводство. Модели, функции, принципы: монография / Е. В. Марковичева. М., 2010. 271 с.; *Лелеков В. А.* Ювенальная криминология: учеб. для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / В. А. Лелеков, Е. В. Кошелева. 2-е изд., перераб и доп. М., 2014. 311 с. и др.

² *Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю.* Юридическая энциклопедия / Л. В.Тихомирова, М. Ю.Тихомиров. Изд.5-е, допол. и перераб / Под. Ред М. Ю Тихомирова. М., 2001. С.952.

³ Российская Федерация. Федеральный закон. Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних [Текст] : федер. закон от 24 июня 1999г. № 120-ФЗ (в ред. от 03.12.2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 26. Ст.3177; 2011. №. 49. Ст. 7056.

Указом Президента РФ «О национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 годы»⁴, иными нормами российского законодательства полномочия судебных, правоохранительных, исполнительных органов и общественных организаций по осуществлению правосудия в отношении несовершеннолетних, по проведению с ними профилактической работы в целях предупреждения преступлений и правонарушений, по применению в отношении них мер юридической ответственности, и другие полномочия; компетенции этих органов по их реализации; наличие специальных норм права, определяющих правоотношения только с несовершеннолетними, и иные обстоятельства определяют ювенальную юрисдикцию в Российской Федерации.

В настоящее время устоялось мнение о том, что ювенальная юстиция – система правосудия в отношении несовершеннолетних граждан до 18 лет, главным звеном которой является суд по делам несовершеннолетних⁵. Оно активно поддерживается Ростовским областным судом (В. Н. Ткачев, Е. Л. Воронова), Ростовским филиалом Российской академии правосудия⁶ и другими авторами.

Ростовская региональная модель ювенальных судов, предусматривает три главных составляющих:

1) деятельность социальных служб для несовершеннолетних – органов и учреждений государственной системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних и защиты их прав;

2) судопроизводство в отношении несовершеннолетних (как уголовное, так и гражданское);

3) механизм взаимодействия суда и социальных служб для детей⁷.

⁴ Российская Федерация. Указ Президента. О национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 годы [Текст] : Указ Президента РФ от 01.06.2012. № 761 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 23. Ст.2994.

⁵ Педагогический энциклопедический словарь / Гл. ред. Б. М. Бид-Бад. М., 2003.

⁶ См., например: *Ткачев В. Н.* Специализация судей по делам несовершеннолетних как модель будущего ювенального суда в России // *Российская юстиция*. 2005. № 10. С.21-25; *Воронова Е. Л.* Становление правосудия по делам несовершеннолетних (ювенальная юстиция) в Ростовской области: опыт взаимодействия ювенального суда и социальных служб // *Вопросы ювенальной юстиции*. 2005. № 1 (4). С. 21-36 и др.

⁷ См.: *Воронова Е.Л.* Семинар по вопросам ювенальной юстиции. URL: <http://www.rostobsud.ru>.

Но действие этой модели, как и некоторых других, не в полной мере соответствует требованиям Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», поскольку, во-первых, уголовно-процессуальное законодательство не предусматривает проведение профилактической работы с подсудимыми, суды не входят в систему профилактики подростковой преступности, установленную законом; во-вторых, нет правовой основы для контроля со стороны судов за организацией работы органов и учреждений системы профилактики.

Тем не менее, на наш взгляд, нельзя умалять влияние судебной власти на процессы формирования общественных отношений в области ювенальной юстиции, ее значение в профилактике преступности несовершеннолетних. Практика деятельности ювенальной юстиции за рубежом, опыт работы ювенальных судов в России показывает, что роль и значение судебных органов в этих вопросах весомая, но не определяющая, поскольку, по нашему мнению, рассмотрение уголовного дела в отношении несовершеннолетнего – это последняя стадия воздействия на несовершеннолетнего правонарушителя, когда все предшествующие меры положительного результата не дали.

Главная задача общества – создать такие условия жизни, воспитания подростка, чтобы не было противоправных явлений, как это требуют нормы Пекинских правил. «Следует уделять достаточное внимание осуществлению позитивных мер, предполагающих полную мобилизацию всех возможных ресурсов, включая семью, добровольцев и другие группы общества, а также школы и другие общественные институты, с целью содействия благополучию подростка с тем, чтобы сократить необходимость вмешательства со стороны закона, и эффективного, справедливого и гуманного обращения с подростком, находящимся в конфликте с законом» (ст.1.3). В комментарии к правилу 1.4 Пекинских правил, правосудие в отношении несовершеннолетних определяется как составная часть системы обеспечения социальной справедливости для несовершеннолетних. Правило 1.6 указывает на необходимость постоянного совершенствования системы правосудия в отношении несовершеннолетних, принимая одновременно меры для разработки прогрессивной социальной политики в отношении подростков в целом⁸.

⁸ См.: Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила»); утверждены резолюцией 40/33 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 нояб. 1985 г. // *Human Rights and the Judiciary : a Collection of Inter-*

Судопроизводство в отношении несовершеннолетних основывается на специальных принципах ювенального права, вытекающих из норм международного права, к которым следует отнести Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), Конвенцию о правах ребенка (1989 г.), Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила, 1985 г.), Миланский план действий и Руководящие принципы в области предупреждения преступности и уголовного правосудия в контексте развития и нового международного экономического порядка (1985 г.), Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних (Эр-Риядские руководящие принципы, 1990 г.), и другие официальные документы ООН и ЕС⁹.

В частности, в Пекинских правилах определены руководящие принципы вынесения судебного решения (ст.17.1). Речь идет о соразмерности меры воздействия не только с обстоятельствами дела и тяжестью правонарушения (общее правило применения наказания), но и с положением и потребностями самого несовершеннолетнего (индивидуализация ответственности и наказания), а также с потребностями общества (общая превенция) (п. а) ст. 17.1); о запрете применения смертной казни и телесных наказаний несовершеннолетнему; о сведении до минимума ограничения личной свободы несовершеннолетнего правонарушителя (п.п. в) и с) ст. 17.1).

Принципы ювенальной юстиции являются основой в работе по пресечению, предупреждению и профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, как составной и неотъемлемой части ювенальной юстиции. Это нашло отражение в нормах Федерального закона "Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних"¹⁰. В частности, в ч.2 ст. 2 этого закона устанавливается,

national Documents = Права человека и судопроизводство : Собр. междунар. док. Vienna, [Б.г.]. С.186.

⁹ См., например, Рекомендации от 23.09.2003 № Rec (2003) 20 Комитета Министров Совета Европы государствам - членам о новых подходах к преступности среди несовершеннолетних и о значении правосудия по делам несовершеннолетних // Сб. постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и РФ по уголовным делам / Сост. Рарог А. И., Бимбинов А. А. М., 2014. С. 86.

¹⁰ Российская Федерация. Федеральный закон. Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних [Текст] : федер. закон

что деятельность по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних основывается на принципах законности, демократизма, гуманного обращения с подростками, поддержки семьи и взаимодействия с ней, индивидуального подхода к несовершеннолетним с соблюдением конфиденциальности полученной информации. Предусмотрена государственная поддержка деятельности органов местного самоуправления и общественных объединений по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, ответственность должностных лиц и граждан за нарушение их прав и законных интересов.

Среди основных принципов, которые способствуют улучшению системы правосудия в отношении несовершеннолетних, можно выделить следующие:

- создание специализированных составов судов общей;
- приоритет судебного решения по всем вопросам, касающимся защиты прав и законных интересов несовершеннолетних, в том числе – судебный надзор за исполнением приговора о наказании несовершеннолетних лишением свободы и иных мер воздействия, связанных с ограничением свободы;
- ориентация правосудия преимущественно на юридическую охрану прав и законных интересов несовершеннолетних (в том числе - обязательное участие защитника, обязательная конфиденциальность процесса и др.)
- социальная насыщенность правосудия по делам несовершеннолетних, предполагающая широкое привлечение к участию в процессе экспертов и специалистов по делам несовершеннолетних, а также использование в процессе «неюридической» информации о правонарушителе – данных, полученных от служб и организаций, не связанных с уголовным процессом;
- индивидуализация судебного процесса.

Улучшение системы правосудия в отношении несовершеннолетних предполагает использование таких организационных и правовых механизмов, как подготовку персонала, совершенствование законодательства и правоприменительной практики, внедрение ювенальных технологий.

Подготовка персонала, как определено в постановлении Пленума Верховного суда РФ от 1 февраля 2011 г. «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних», предусматривает постоянное совершенствование профессиональной квалификации судей,

рассматривающих дела о преступлениях несовершеннолетних, повышение их личной ответственности за выполнение требований законности, обоснованности, справедливости и мотивированности судебного решения (ст.4). Уголовные дела в отношении несовершеннолетних в судах, как первой, так и второй инстанций должны рассматриваются наиболее опытными судьями. Специализация судей предусматривает необходимость обеспечения их профессиональной компетентности путем обучения и переподготовки не только по вопросам права, но и по вопросам педагогики, социологии, подростковой психологии, криминологии, виктимологии, применения ювенальных технологий, используемых в рамках процессуального законодательства.

Улучшение правоприменительной практики, предполагает выявление обстоятельств, связанных с условиями их жизни, воспитания, состоянием здоровья и другими фактическими данными, определяющими особенности личности несовершеннолетнего, его окружения и среды, в которой он воспитывается, а также с причинами и условиями совершения уголовно-наказуемого деяния. Это необходимо для постановления законного, обоснованного и справедливого приговора, принятия других, предусмотренных нормами права мер, для достижения максимального воспитательного воздействия судебного процесса в отношении несовершеннолетнего, поскольку цели уголовного судопроизводства направлены на то, чтобы применяемые к подростку меры воздействия обеспечивали максимально индивидуальный подход к исследованию обстоятельств совершенного деяния и были соизмеримы как с особенностями его личности, так и с обстоятельствами совершенного деяния, способствовали предупреждению экстремистских противозаконных действий и преступлений, обеспечивали его ресоциализацию.

Совершенствование правоприменительной практики направлено на выработку новых форм и методов профилактической и воспитательной работы с несовершеннолетними правонарушителями в процессе уголовного судопроизводства на стадиях предварительного расследования, рассмотрения уголовного дела в судебном заседании, исполнения приговора, а также в процессе ресоциализации после отбытия наказания, подготовку рекомендаций путем изучения судебной практики, обобщения и распространения накопленного опыта судопроизводства Президиумом совета судей РФ¹¹,

¹¹ См.: Постановление Президиума Совета судей Российской Федерации от 21 июня 2010 г. № 228 «О результатах обобщения информации судов субъектов Российской Федерации об использовании ювенальных технологий судами

Пленумом Верховного суда РФ. Это позволяет внедрять ювенальные технологии, сущность которых определяется теми целями, которые достигаются их применением в процессе предупреждения и профилактики подростковой преступности, что нашло подтверждение в постановлении Пленума Верховного суда РФ¹² и обуславливает обновление уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства.

Вместе с тем, многие формы, методы, процедуры, применяемые в ювенальных технологиях, такие как программы примирительных процедур, психологической диагностики, карты социального сопровождения несовершеннолетнего правонарушителя и другие, нуждаются в уточнении, детализации и дальнейшем нормативном закреплении. Совершенствование ювенальных технологий основано: на развитии науки и правоприменительной практики, внедрении опыта работы ювенальных судов, как зарубежных стран, так и российских, а также на инициативе гражданского общества.

Судейское сообщество Российской Федерации последовательно и настойчиво внедряет ювенальные технологии в процесс уголовного судопроизводства. Президиум Совета судей РФ в решении от 21 июня 2010 года № 228 обобщил информацию судов субъектов Российской Федерации «Об использовании ювенальных технологий судами общей юрисдикции», который показал, что в настоящее время такие технологии применяются в судах 52 субъектов Российской Федерации. Наиболее успешно эта работа проводится в Ростовской, Липецкой, Брянской, Саратовской областях, Пермском, Камчатском краях, г. Санкт-Петербурге и других регионах. Внедрение ювенальных технологий в работу судов общей юрисдикции осуществляется в сфере правосудия в отношении несовершеннолетних в соответствии с действующим законодательством и общепризнанными нормами международного права. При этом ими учитываются рекомендации, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного суда РФ от 1 февраля 2011 г. «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних». Судами, применяющими ювенальные технологии, обеспечивается эффективность и качество правосудия по делам о преступлениях несовершеннолетних, развиваются механизмы взаимодействия

общей юрисдикции» // Совершенствование механизмов работы с несовершеннолетними правонарушителями в Российской Федерации: Сб. аналит. матер. М., 2010. С. 61.

¹² См.: указ. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 года № 1 (в ред. от 09.02.2012 г.).

судов с органами и службами системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в целях защиты прав подростков, оказавшихся в конфликте с законом, снижения рецидива, обеспечения безопасности общества¹³.

Ювенальные технологии основаны на всестороннем познании возрастных особенностей несовершеннолетних, а также применении специальных восстановительных программ (методов, способов), устраняющих дальнейшее возможное противоправное поведение несовершеннолетнего.

Современные ювенальные технологии обладают признаками, которые присущи только этому правовому институту:

1. Психологическое и воспитательное воздействие на несовершеннолетнего осуществляется в уголовном процессе, а также в процессе профилактической деятельности, с целью выработки у обвиняемого основ правопослушного поведения и предупреждения рецидива преступности.

2. Комплекс последовательно-определенных форм и методов, процессов и приемов воспитательного, психологического, медицинского и иного воздействия осуществляется на основе действующего российского законодательства.

3. Воспитательно-профилактическое воздействие осуществляется специальными субъектами, которые установлены законом, а также общественными формированиями, входящими в систему профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних.

Таким образом, под ювенальными технологиями следует понимать совокупность форм и методов, комплекс мер, процессов и приемов психологического, педагогического и иного воздействия на несовершеннолетнего обвиняемого (подсудимого), направленные на достижение целей уголовного судопроизводства, его перевоспитание, профилактику рецидива и выработку установок на правопослушное поведение.

В литературе предлагается классифицировать ювенальные технологии в зависимости от их нормативного содержания и конкретных задач на уголовно-

¹³ Подробнее см.: Справка по результатам обобщения информации судов субъектов Российской Федерации об использовании ювенальных технологий судами общей юрисдикции // Совершенствование механизмов работы с несовершеннолетними правонарушителями в Российской Федерации. С. 63-64.

правовые, уголовно-процессуальные, уголовно-исполнительные, социально-реабилитационные, воспитательно-педагогические¹⁴.

Полагаем, что данная классификация не полностью характеризует суть ювенальных технологий. Классификация должна отражать степень непосредственности воздействия конкретной технологии на несовершеннолетнего правонарушителя. Ювенальные технологии в зависимости от степени непосредственности их воздействия на подростка, на наш взгляд, следует подразделить на непосредственные, опосредованные и обеспечивающие.

Непосредственными являются технологии, в процессе реализации которых на подростка оказывается непосредственное психологическое воздействие, направленное на формирование установок правопослушного поведения. К непосредственным ювенальным технологиям следует отнести сам процесс судопроизводства на стадиях рассмотрения дела в суде и исполнения приговора, реализацию индивидуального плана реабилитации конкретного несовершеннолетнего, принимаемое в форме частного постановления суда (ч.4 ст.29 УПК РФ), удаление несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания (ст.429 УПК РФ), порядок допроса несовершеннолетнего обвиняемого, подозреваемого (участие педагога, психолога, защитника, законного представителя и др.) (ст.425 УПК РФ) и др.

Опосредованными являются ювенальные технологии, создающие условия для реализации подростками и его окружением, т.е. социальной средой его обитания, своих жизненных ценностных ориентаций путем создания для этого соответствующих условий. Это как общая и частная превенция. К опосредованным технологиям можно отнести применение принудительных мер воспитательного воздействия к несовершеннолетнему обвиняемому, подсудимому (ст.ст.90-92 УК РФ, ст.ст.427, 431-432 УПК РФ), участие в уголовном судопроизводстве законного представителя

¹⁴ См.: Замышляев Д. М. Ювенальные технологии // Вопросы ювенальной юстиции. 2012. № 1 (39). С. 8-12; Ибрагимова А. М., Магомедова А. М. Ювенальные технологии и их применение в судебной практике // "Черные дыры" в Российском Законодательстве. М., 2011, № 2. С. 109-111; Посаженникова Ю. Н. Ювенальные технологии и модели ювенальной юстиции // Правосудие в России: история, проблемы, состояние и перспективы. Матер. Всерос. науч.-практ. конф. 14 декабря 2008 г. (Курск. ин-т соц. обр-я (фил.) РГСУ). Курск, 2008. С. 127-131; Спесивов Н. В. Ювенальные технологии как способ реализации международных стандартов уголовного судопроизводства с участием несовершеннолетних // Вестн. Саратов. гос. юрид. акад. Саратов, 2015. № 1 (102). -С. 224-229.

несовершеннолетнего обвиняемого, подсудимого (ст.ст.48, 426, 428 УПК РФ), обязательное участие защитника (ст.51 УПК РФ) и др.

Обеспечивающие ювенальные технологии, позволяющие проводить изучение личности подростка, его окружение, причины и условия совершения преступлений, факторы, влияющие на совершение им правонарушений, т.е. направленные на подготовку условий для последующего применения профилактического и воспитательного воздействия к несовершеннолетнему правонарушителю. Обеспечивающие технологии включают в себя организационные функции, позволяющие осуществлять подготовку персонала, определение методик применения наказания либо принудительных мер воспитательного воздействия, определение реализации конкретных форм уголовного процесса, проведение различных видов контроля и т.д. К обеспечивающим технологиям, на наш взгляд, следует отнести комплекс мер, направленных на установление предмета доказывания (ст.421 УПК РФ), вопросов, разрешаемых судом при постановлении приговора в отношении несовершеннолетнего (ст.430 УПК РФ), введение специализации судей, составление карт социального сопровождения несовершеннолетнего правонарушителя и др.

Ювенальные технологии в уголовном судопроизводстве по делам о преступлениях несовершеннолетних, применяемые в судах общей юрисдикции Российской Федерации, и направленные на повышение воспитательного значения судебного процесса и профилактику рецидива преступности среди подростков путем усиления контроля за их поведением представлены в справке Совета судей РФ¹⁵. Их содержание составляет:

- введение специализации судей по рассмотрению уголовных дел несовершеннолетних и материалов о помещении несовершеннолетних правонарушителей в специальные учебно-воспитательные учреждения закрытого типа органов управления образованием и в центры временного содержания несовершеннолетних правонарушителей;

- повышение квалификации судей по делам несовершеннолетних и работников аппаратов судов не только по вопросам права (изучения законодательства о несовершеннолетних), но и по вопросам педагогики, психологии, детской психиатрии, привлечение к процессу повышения квалификации специалистов органов и служб системы профилактики

¹⁵ См.: Справка по результатам обобщения информации судов субъектов Российской Федерации об использовании ювенальных технологий судами общей юрисдикции.

безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, правоохранительных органов (следователей, прокуроров, работников ФСИН МЮ РФ);

- введение специализации работников аппаратов судов – помощников судей с функциями социального работника, секретарей судебного заседания и т.п.;

- использование методик сбора юридически значимой информации о несовершеннолетнем подсудимом для реализации предписаний ст. 421 УПК РФ, а именно: подготовка доклада суду о личности несовершеннолетнего, условиях его жизни и воспитания, уровне психического развития, влияния на него старших по возрасту лиц, использование для этого Карты социального сопровождения несовершеннолетнего правонарушителя;

- повышение воспитательного значения судебного разбирательства, взаимодействия суда с органами и службами системы профилактики безнадзорности и профилактики правонарушений, привлечение указанных служб к участию в судебном разбирательстве, в том числе, к участию в принятии мер по защите прав несовершеннолетнего, проведения после суда программ индивидуальной профилактики несовершеннолетнего и предупреждения рецидива;

- экономия уголовной репрессии: проведение примирительных процедур восстановительного правосудия, назначение принудительных мер воспитательного воздействия и наказаний, которые отбываются без лишения свободы, главный акцент при этом делается на оказание помощи семье несовершеннолетнего в его исправлении, преодолении последствий противоправного поведения;

- судебное решение, содержащее индивидуальный план реабилитации конкретного подростка, которое принимается в форме частного постановления суда (ч. 4 ст. 29 УПК РФ) – как основание проведения индивидуальной профилактической работы органами и службами системы профилактики безнадзорности и правонарушений с несовершеннолетним после суда¹⁶;

- использование потенциала общественных организаций, волонтеров для проведения профилактических мероприятий с несовершеннолетними после суда;

- письмо, которым суд реализует полномочия по защите прав несовершеннолетнего подсудимого и оказанию помощи его семье в преодолении трудной жизненной ситуации, о которой стало известно в ходе

¹⁶ Например, индивидуальная программа реабилитации несовершеннолетнего в соответствии со ст. 6 Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

судебного разбирательства в соответствии со ст. 15 Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» (1998 г.)¹⁷;

- дача указания суда в соответствии с ч. 7 ст. 88 УК РФ органу, исполняющему наказание, об учете при обращении с несовершеннолетним осужденным определенных особенностей личности, которое применяется в форме направления копии карты социального сопровождения несовершеннолетнего (доклада суду о его личности) в уголовно-исполнительную инспекцию либо в исправительное учреждение;

- ограничение гласности при судебном разбирательстве дел в отношении несовершеннолетних и обеспечение прав несовершеннолетних на конфиденциальность¹⁸;

- обеспечение конфиденциальности при рассмотрении судами дел в отношении несовершеннолетних, что соответствует правовым позициям Европейского суда по правам человека¹⁹;

- контроль суда за исполнением частного постановления, выражающийся в проведении встреч с группами осужденных подростков, их родителей и представителями органов профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних с обсуждением процесса их исправления; обращение суда

¹⁷ Такая форма используется, например, когда суду становится известно не только о проблемах самого несовершеннолетнего подсудимого, но и о трудностях, с которыми столкнулась семья несовершеннолетнего подсудимого, в том числе необходимость оказания материальной помощи, поддержки членов семьи путем оказания предусмотренной законом адресной социальной помощи, помощи в трудоустройстве, в лечении, т.е. стали известны проблемы и трудности, которые сама семья без помощи уполномоченных органов и служб преодолеть не может.

¹⁸ Суды учитывают рекомендации «Пекинских правил», согласно которым право несовершеннолетнего на конфиденциальность должно уважаться на всех этапах судопроизводства, чтобы избежать причинения несовершеннолетнему вреда из-за ненужной гласности или из-за ущерба репутации; не должна публиковаться никакая информация, которая может привести к указанию на личность несовершеннолетнего правонарушителя, потерпевшего.

¹⁹ Например, при взаимодействии со средствами массовой информации суды учитывают положения ст. 41 Федерального закона «О средствах массовой информации».

с запросами в различные учреждения об оказании помощи несовершеннолетнему, его семье и т.п.²⁰

Приведенные ювенальные технологии, по нашему мнению, указывают основные направления развития ювенальной юстиции в Российской Федерации и созвучны с мерами, направленными на создание дружественного к ребенку правосудия, определяемыми Указом Президента Российской Федерации от 1 июня 2012 года № 761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 годы».

Проведенный анализ показывает, что непосредственных ювенальных технологий, используемых в уголовном процессе, не так много. Опосредованные ювенальные технологии также недостаточно разработаны. Это связано с тем, что данные технологии не нашли достаточного выражения в действующем российском законодательстве, хотя должны быть закреплены нормативно и содержать в себе формы, методы, приемы психологического и воспитательного воздействия. Требуется глубокое исследование проблем применения комплекса мер, процессов, форм и методов педагогического, психологического, медицинского и иного воздействия на несовершеннолетнего в уголовном процессе и принятие соответствующих норм российского законодательства. Это, на наш взгляд, должен быть ювенальный кодекс, всеобъемлюще представляющий нормативную базу для осуществления уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетнего обвиняемого, подсудимого, в котором должны найти отражение и ювенальные технологии. Причем это должно быть сделано с учетом последних достижений в области педагогики, социологии, подростковой психологии, криминологии, виктимологии и права, а также передового опыта деятельности уголовной ювенальной юстиции за рубежом.

Следует отметить, что нормативная база и вся система уголовного судопроизводства по делам несовершеннолетних нуждается в совершенствовании. Требуется законодательно закрепить специализацию, психолого-педагогическую и правовую подготовку, аттестование должностных лиц во всех правоохранительных и судебных органах, занимающихся пресечением, предупреждением, профилактикой подростковой преступности, осуществляющих предварительное следствие, дознание и судебное разбирательство. Необходимо учредить социально-психологическую службу для несовершеннолетних во всех органах и учреждениях, имеющих отношение

²⁰ См.: Справка по результатам обобщения информации судов субъектов Российской Федерации об использовании ювенальных технологий судами общей юрисдикции.

к ювенальной юстиции, и прежде всего в судах, совершенствовать на научной основе практику изучения личности несовершеннолетнего правонарушителя.

Таким образом, можно сделать вывод, что концепция ювенальной юстиции реализуется в правовой системе России далеко не полностью. Этот вопрос нуждается в дальнейшем изучении, разработке и внедрении новых подходов. Поэтому в настоящее время важны исследования опыта работы ювенальной юстиции в России и других странах, где они существуют длительное время, теоретические разработки в этой области и их практическое воплощение.

ASSESSMENT OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

Saša Knežević

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

e-mail: knez@prafak.ni.ac.rs

Abstract

The first stage in the initiated criminal proceedings is the factual reconstruction of the criminal event, entailing the fact-finding process aimed at determining the nature of the committed offence, which is then subsumed under the provisions of the Criminal Code and articulated in legal terms. The pinnacle of these preliminary criminal proceedings is a judicial decision on the merits of criminal charges raised by the authorized prosecutor, where the court decides on the justifiability of the prosecution instrument (indictment). The legal grounds for judicial decisions are legally relevant facts which are based on the decisive facts, which in turn rest on legally presented and established evidence. Evidence is an essential component of decisive facts and the cornerstone of judicial decisions. The subject matter of this paper is the legal framework governing free assessment of evidence and prohibition of constructing judicial decisions on legally invalid and inadmissible evidence.

Keywords: *evidence, facts, admissibility of evidence, free assessment of evidence, inadmissible evidence, free judicial authority (conviction).*

Introductory notes

Criminal proceedings are an institutional framework for casting more light on and resolving criminal matters, where the court decides on the justifiability of the criminal prosecution request to indict and punish the accused. The very fact that the criminal proceedings have been instituted necessarily implies the limitation of fundamental human rights of the accused. However, the court view on the justifiability of criminal prosecution, which is embodied in a judicial decision on the merits, has far-reaching consequences for the exercise of an array of fundamental human rights and freedoms. For this reason, a judicial decision must be based on the decisive (crucial) facts, which are determined on the basis of examined and established evidence.

The assessment of evidence is the final stage in the process of proof-finding, where different pieces of evidence are evaluated in terms of their contribution to establishing the decisive facts. Historically speaking, evidence may be assessed on the basis of criteria prescribed by the law (*statutory examination of evidence*) or on the basis of the court's active role in selecting the evaluation criteria (*free assessment of evidence*). Statutory examination of evidence is a typical feature of the inquisitorial criminal procedure system but the dominant form of evaluation in contemporary criminal proceedings is free assessment of evidence.

Statutory examination of evidence was based on explicit legal rules under which the decisive fact was considered to have been established if the examined evidence proved to be of specific substance and quality, as prescribed by the law. In that context, criminal procedure legislation enumerated distinctive characteristics of evidence which were deemed to be relevant for proving a disputed decisive fact. For instance, under the Law on Court Procedure and Criminal Acts passed by the Principality of Serbia in 1865, a criminal offence was considered to have been established if the criminal act had been confirmed by testimonies of two credible sworn witnesses of full mental capacity, insofar as the statements were given on a voluntary basis, under oath and in full sobriety so that there was no doubt whatsoever about the veracity of their statements and the witnesses' credibility (§ 229).

Criminal procedure history bears witness of two distinctive types of statutory examination of evidence: the positive and the negative one. According to the *positive* statutory examination of evidence, a judge shall consider the decisive fact to be proven and established if the presented evidence proves to be of specific quality and substance, as prescribed by the law. The judge's personal view (conviction) is, hence, entirely irrelevant. According to the *negative* statutory assessment of evidence, a disputed decisive fact shall not be considered proven and established unless the adduced evidence proves to be of proper quality and substance. On the other hand, if the evidence proves to be proper in quantity, quality and substance, the court is free to assess whether some fact has been proven or not. This form of statutory examination of evidence was the cornerstone for the development of free assessment of evidence.¹

The principle of free assessment of evidence is based on the fact that it is not always possible to determine the value of some evidence in advance, simply by relying on the legal rules contained in the statutory legislation. The specific circumstances involved in each case impose the need for a more active and creative

¹ For more, see: dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo* (Criminal Procedure Law), Beograd, 2006, pp.253-255.

role of the court in evidence proceedings; thus, the judge is no longer “a technician” who simply applies the legal rules governing the legal validity and admissibility of evidence. In effect, the presented evidence is subjected to the process of legal reasoning and psychological analysis, in the course of which the court is not bound by any formal rules of evidence but the judge is obliged to justify the court decision in the reasoning.² The free judicial authority to evaluate individual pieces of evidence certainly does not imply an arbitrary approach in determining the factual grounds of a judicial decision. The court standpoint must be clearly elaborated in the legal reasoning, which must unambiguously show which reasons and psychological methods have guided the court in the process of establishing the decisive facts. The presence of legal reasoning is essential for exercising the right to an effective legal remedy, which is a constituent part of the right to a fair trial. Hence, whereas the court is obliged to justify its decision in the legal reasoning (Art. 361 of the Serbian Criminal Procedure Code; hereinafter: CPC), a lack of reasoning or any flaws therein are regarded as an absolutely substantial violation of the criminal procedure provisions (Art. 368, para. 2, item 11 CPC).

1. Normative framework governing the assessment of evidence in criminal proceedings

The Serbian Criminal Procedure Code stipulates in Article 16, par. 3 that the court shall assess the admissibility of the examined and established evidence according to the principle of free judicial authority (conviction). The final judgment and any decisions on criminal matters under consideration may be based only on those facts which are ascertained to be absolutely indisputable. The essence of free assessment of evidence is the judicial power to freely deliberate on the existence of decisive facts, which are the cornerstone of prospective judicial decisions. The decisive facts are established on the grounds of evidence obtained by using legally admissible evidentiary instruments, explicitly prescribed by the law. The court has the authority to freely choose the procedural activities which will be undertaken at the initiative of the parties involved or instituted *ex officio* in specific circumstances; in this process, the court is not bound by any specific formal rules of procedure.

Although the decisive facts are determined in the process of free assessment of the presented and established evidence, the Serbian positive law also includes relics of statutory examination of evidence. In effect, the process of proving the commission of some criminal offences is based on the submission of specific public documents. In case a final judgment is based on a fraudulent document or a false

² Dr Tihomir Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ (the SFRY Criminal Procedure System), 1987, p.317

statement given by a witness, expert witness or interpreter, or in case it has been the result of a criminal offence committed by a judge, lay judge-juror or any person involved in proof-finding proceedings, such a final judgment may be challenged by filing a request for a retrial (Art 473, par. 1 CPC). The ill-founded nature of the final judgment may be proven only by rendering a final decision in a new proceeding, which is to confirm that the aforesaid persons have been found guilty of the commission of these criminal offences (Article 478, par. 2 CPC). Therefore, the presence of circumstances that may be relevant for instituting a retrial is primarily proven by another final judgment, which abolishes the former one. This is a clear demonstration of the formal statutory examination of evidence at work. However, in this case, the statutory examination of evidence is by no means absolute. It has priority over the free assessment of evidence, which may be instituted if the persons found guilty of committing a crime have died or if their prosecution is otherwise precluded, which implies that relevant facts on their possible culpability may be established by using other evidentiary instruments as well. Thus, free assessment of evidence is used as a subsidiary instrument for fact-finding even in cases where facts refer to circumstances relevant for instituting a retrial of a legally valid and final criminal proceeding.

The limited scope of free assessment of evidence comes as a result of specific propensity towards “scientization” or “expertization” of criminal proceedings, arising as a consequence of somewhat uncritical judicial approach to the findings and opinions of expert witnesses in criminal proceedings, as well as from a considerable credibility of technical recordings and data used in evidence proceedings.

The principle of free assessment of evidence is present in most modern legislations. It is a result of abandoning the basic postulates of the inquisitorial criminal procedure system. Being the pillar of the European-continental criminal procedure system, the German legislation started abandoning the statutory examination of evidence in the 18th century.³ The provision § 261 of the German Criminal Procedure Code (*Strafprozeßordnung*, StPO) envisages that the court shall decide on the result of the undertaken evidence proceedings according to its free conviction gained from the hearing of all facts presented in the proceedings. The free assessment of evidence (*Freie beweiswürdigung*) emerged as a counterpart to the formal/statutory examination of evidence, which was a prominent feature in the legislations of former German provinces.

³ Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25 Auflage, "Verlag C. H. Beck", München, 1998, p. 98, cited in: dr Milan Škulić, *Načelo slobodne ocene dokaza u krivičnom postupku*, (Principle of Free Assessment of Evidence in Criminal Proceedings), *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 2002, vol.no. 1-2, p. 28

The *French legislation* consistently applies the principle of free assessment of evidence. Under the French Code of Criminal Procedure (CCP), a court is entitled to assess the evidentiary value and admissibility of the adduced evidence without any limitations. The accused person's confession must be supported by other kinds of evidence as well. In the jury trial proceedings (before the courts of assize), jurors are entitled to decide on the merits of the prosecutor's request to establish guilt of the accused according to their own conscience and innermost conviction (Art. 353 CCP). A judicial decision may be based on the judge's innermost conviction, which shall rest on the parties' arguments and evidence submitted in the course of adversarial proceedings (Art. 427 CCP).

In *Italian legislation*, decisive facts are established according to the principle of free judicial authority. Under the Italian Code of Criminal Procedure (CCP), the presented evidence is evaluated according to the principle of free judicial conviction but judges are obliged to elaborate on the admissibility of the presented evidence and the criteria applied in rendering their decisions (Article 192, par.1 CCP). In exceptional cases, facts may be inferred from the circumstantial evidence, provided that such evidence is serious, precise and consistent (Art. 192, par. 2 CCP). The statements made by co-defendants charged with the same offence or persons accused in joined proceedings shall be corroborated with other pieces of evidence confirming their credibility (Art. 192, par. 3).

In *Spanish legislation*, the provision contained in Article 741 of the Spanish Criminal Procedure Act specifies that the assessment of evidence is free but not arbitrary. Free assessment of evidence is the basis for deliberating on the merits of a criminal offence, sentencing and awarding the criminal punishment.

The *law of the Russian Federation* also envisages the principle of free assessment of evidence. According to Article 17 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, it is included in the basic principles of criminal procedure. Judges, lay judges/jurors, the public prosecutor and investigation authorities shall evaluate the presented evidence in accordance with their inner conviction, based on the aggregate of proof presented in the given criminal case and relying on their conscience and the applicable law (Art. 17, par. 1 CPC). Article 17, par. 2 CPC further specifies that "no proof shall be regarded as possessing force established in advance", which implies that the person in charge of rendering a procedural decision cannot be prescribed in advance how to evaluate individual pieces of evidence or how to assess the entire body of presented evidence. In addition, the Russian legislation provides a set of guarantees aimed at protecting the aforesaid persons from undue influences in the decision-making processes. Thus, Article 294 of the Criminal Code of the Russian Federation envisages criminal liability for any kind of undue influence or interference with the court activities, aimed at obstructing justice

and disrupting the activities of the judiciary, public prosecutors and investigation authorities.

The rules of procedure fully provide for the independence of the judiciary from undue influence of superior authorities and their impartiality in the process of deciding on the manner of evaluating the collected evidence. Thus, in the process of rendering a decision to reverse a final judgment and order a retrial of the criminal matter at issue, the Court of Cassation is not entitled to decide whether the indictment has been proven or not, or whether any piece of evidence is reliable or not (Art. 386, par. 2, items 1-3 CPC).⁴

The principle of free assessment of evidence is part of the *Bulgarian legislation* as well. Pursuant to Article 14 of the Bulgarian Criminal Procedure Code, the decisions of judges, public prosecutors and other criminal procedure authorities shall be rendered on the basis of their own conscience and conviction by relying on objective, comprehensive and full determination of all relevant facts of the case at issue, in compliance with the law. In the Bulgarian legal theory, the concept of inner conviction (as the basis of a judicial decision) includes two components: a subjective and an objective element. The *subjective element* implies the cognitive activities of procedural authorities, based on their views and conclusions. The *objective element* implies limitations that criminal procedure authorities encounter in the process of constructing their opinions on the basis of evidence, legal provisions, common practices and rules of logic.⁵

The principle of free assessment of evidence is present in the legal systems of many other countries, such as: Poland (§ 7), Austria (§ 258), Greece (Art. 177 CPC), Portugal (Article 127 CPC), and others.

2. Prohibition of using legally invalid and inadmissible evidence

Free assessment of evidence certainly does not suggest that judicial decisions may be based on legally invalid and inadmissible evidence. Under *the Serbian legislation*, court decisions may not rest on the evidence which is either *per se* or by the manner of being obtained contrary to the Constitution, universally accepted rules of international law and ratified international agreements, or which is explicitly prohibited by the law (Art. 16 par. 1 CPC). Free assessment of evidence, as a means of establishing the judicial truth, may not imply any arbitrariness in choosing the

⁴ И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловски, Уголовно процессуальное право Российской федерации, Институт государства и права Российской академии наук, Москва, 2011, стр. 89-91.

⁵ Никола Манев, Наказателно процесно право, София, 2010, стр.84-86.

evidentiary instruments or the manner of obtaining evidence by employing these instruments. The Serbian Criminal Procedure Code prescribes some evidence-related bans. A judgment may not be based on the defendant's statement (either a testimony or a confession) that could be used against him as evidence if the statement is given under threat, coercion, deception, extortion, illicit promises and any undue influence (Art. 9 CPC). Moreover, a judgment may not be based on the defendant's statement given during interrogation proceedings without the defence counsel being present, except in case where the defence is not mandatory, where the defendant has expressly waived the right to legal representation, or where a duly summoned defence counsel is not present in spite of being informed about the hearing, whereas the defendant is either unable to secure or has failed to secure the presence of a defence counsel after being instructed about that right (Art. 85, par.4 CPC).

A judicial decision may not be based on witness statements of persons who do not have the capacity to testify (Art. 97 CPC), or persons who are either exempt or released from the obligation to testify (Art. 93 and 94) but have not been duly cautioned that they do not have to testify or they have not expressly waived this right, or in case the caution or waiver have not been entered into the record of proceedings (Art. 95 par. 4). Nor can the court base its decision on the evidence obtained from juveniles (minors) who are in view of their age and mental development incapable of understanding the significance of the right not to testify (Art. 94, par. 2). Legally invalid and inadmissible evidence also includes witness statements extorted by the use of threat, coercion or some other undue influence (Art. 9). The collected evidence shall not be based on vague, ambiguous, suggestive or misleading questions posed to the accused or witnesses (Articles 86, par. 3 and 98, par. 3 CPC). Legally inadmissible evidence also includes the evidence acquired on the basis of findings and opinions of persons who may not be designated to act in the capacity of expert witnesses in criminal proceedings (Article 116). Moreover, judicial decisions may not be based on the evidence attained by using special evidence-finding activities (such as: covert surveillance, recording and interception of communications, simulated business practices, controlled deliveries of goods, undercover investigators, etc.) in a manner which is contrary to the applicable law or to the order issued by the investigating judge (Art. 163).

Evidence collected in an unlawful manner may not be used in the criminal proceedings. The judge conducting the preliminary proceeding is obliged to exclude such evidence from the case files. The inadmissible evidence is sealed in a separate cover and kept apart from case files until the final decision has been rendered on the matter at issue (Art. 84 CPC). In case the inadmissible evidence has been used in the judicial decision, it constitutes a substantial violation of criminal procedure provisions (Art. 438, par. 2, item 1 CPC) because it implies a flaw in the final judgment. In the current legislation, this flaw is regarded as a relatively substantial

violation of criminal procedure provisions; in the former legislation, it was regarded as an absolutely substantial violation of criminal proceedings. Therefore, the court of appeal is obliged to repeal the final judgment of a lower court, if the type⁶ of the decision should not be the same, without inclusion of unlawful evidence into factual grounds of the final judgment.

The Serbian normative framework governing the consequences of a possible use of legally inadmissible evidence gives rise to a conclusion that the legislator has accepted the concept of *absolute* exclusion of unlawfully obtained evidence. According to this model, which was originally developed in the US law, inadmissible evidence may not be used as the basis for judicial decisions. Consequently, under the derivative evidence rule, not only the improperly/illegally obtained evidence but also the legally valid/admissible evidence obtained in an illicit manner or by using some inadmissible evidence is deemed to be legally irrelevant (*“the fruit of the poisonous tree”* doctrine). For example, if a victim’s corpse is discovered on the basis of the defendant’s confession given under threat or coercion, legally invalid/inadmissible evidence would encompass not only the confession extorted under duress but also the cadaver itself. The Serbian criminal procedure theorists point out that “such puritanism is manifestly excessive and inapplicable in our criminal procedure law”.⁷ In the UK legislation, the concept of derivative evidence also includes the evidence stemming from a defendant’s confession obtained in an illicit manner.⁸ In German legislation, the evidence disclosed by using evidence illicitly obtained by the police may (in principle) be used in criminal proceedings under the *remote effect* rule (*Fernwirkung*).⁹

As opposed to the concept of absolute exclusion of unlawfully obtained evidence, many legal systems feature the model of a *relative* exclusion of evidence. This approach is essentially reflected in “relativising” (restricting) the impact of such evidence on the validity of judicial decisions. Namely, the effect of unlawfully obtained evidence depends on the severity of crime, credibility of such evidence, opportunity to collect evidence in a legal manner, etc. In German law, for example,

⁶ For example, without unlawful evidence acquittal instead conviction would be rendered.

⁷ Dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo* (Criminal Procedure Law), Beograd, 2006, p. 251.

⁸ Hatton, Glenn and Johnston, David, *Evidence and Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 189.

⁹ See: Željko Karas, Miroslav Jukić, *Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu* (Changes in the system of illegal evidence, with reference to current trends in comparative law), *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, 2009, p. 619.

this approach is embodied in the concept of proportionality (*Abwägungslehre*), which implies that admissibility of tainted evidence is determined by comparing and balancing all relevant circumstances. By assessing the proportion between the practical value of unlawfully obtained evidence and the benefits of its use in the process of constructing the factual grounds of a judicial decision, this theory provides an opportunity to impose constraints on evidentiary bans in evidence proceedings. The concept of inadmissibility of unlawfully obtained evidence, which implies the judicial power to suppress the use of such evidence, is perceived as “a last resort” in criminal procedure law.¹⁰ In French legislation, such evidence shall be null and void only if the deficiency has given rise to a violation of a party’s interests, whereby it is necessary to strike the right balance between observing the evidentiary bans and the goals of criminal prosecution. Under the UK legislation, the court may refuse to admit a piece of evidence if it is incompatible with the principle of procedural fairness, which is the basis for discretionary assessment of evidence submitted by both parties involved in criminal proceedings. The Austrian, Swiss and Canadian legislations have a similar approach to the effects of illegally obtained evidence on the final judgment.¹¹

3. Some types of legally invalid and inadmissible evidence

In addition to evidence disclosed by using legally admissible instruments but obtained in an illicit manner, the Serbian legislator prescribes sanctions for certain unlawfully obtained evidence. Article 9. of CPC specifies that suspects, accused persons or witnesses shall not be exposed to medical interventions or administered substances which may adversely affect their mental condition and capacity to testify in evidentiary proceedings. In compliance with this provision, the use of hypnosis, nacro-analysis and lobotomy is impermissible.

a. Evidence obtained by hypnosis

Hypnosis is defined as “a mental state of heightened suggestibility, characterized by more or less apparent altered state of mind, and more or less

¹⁰ Rogall Klaus, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, Max-Planck-Institut, Freiburg, 1999, p. 124, cited in: Željko Karas, Miroslav Jukić, *Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu* (Changes in the system of illegal evidence, with reference to current trends in comparative law), op.cit, p. 615.

¹¹ *Ibid*

prominent state of reduced volition”.¹² Hypnosis is also designated as “an artificially induced state of mind, during which the hypnotized person becomes unaware of the real world and is directed to abide by the hypnotist’s suggestions”.¹³

Hypnosis inhibits the cerebral cortex of the hypnotized person. The hypnosis-induced state of heightened suggestibility is accompanied by restricted social contact, which is reduced to interactions with the hypnotist alone. The hypnotist’s suggestive instructions are aimed at guiding the hypnotized person’s into submission and obedience. In criminal proceedings, such a state of mind facilitates the extortion of the defendant’s confession.

As one of the methods for exerting undue influence on the free will of the suspected or accused person, hypnosis has sparked a great deal of controversy in terms of legal and ethical aspects of its application in criminal proceedings. The controversy is further complicated by the fact that the Serbian Criminal Procedure Code (CPC) does not explicitly prohibit the use of hypnosis in criminal proceedings. Being a psychological intervention which inhibits the central nervous system, hypnosis can hardly be included into medical procedures prohibited by the general provision in Article 9 of this Code. Although the psyche of the hypnotized person may be subject to the hypnotist’s manipulation, hypnosis does not cause any psychopathological changes. All things concerned, the use of hypnosis in criminal proceedings should be expressly and strictly prohibited. Consequently, Article 9 of the CPC has to be amended by a provision explicitly stating that hypnosis is an impermissible method of affecting the defendant’s free will.

Yet, there is no consensus among scholars on the admissibility of using hypnosis in criminal proceedings. Legal theory has generated two approaches to this issue. The proponents of the first approach consider that the use of hypnosis in criminal proceedings should be strictly prohibited. The exponents of the second approach propose a limited use of hypnosis in specific circumstances.

The rationale justifying *absolute prohibition* of using hypnosis in criminal proceedings is diverse. The first and foremost reason for its absolute prohibition is the observance of human dignity and personal integrity. In the process of establishing the truth in criminal proceedings, it is simply impossible to ignore the fact that “the freedom of conscious speech and the inalienable right to expression

¹² See: dr Mihajlo Aćimović, *Psihologija zločina i suđenja (Psychology of crime and criminal proceedings)*, Beograd, 1987, p. 267.

¹³ Jean Delay, Pierre Pichot, *Medizinische Psychologie*, Stuttgart, 1971, n.263, cited in: dr Vladimir Vodinelić, *Sugestija i hipnoza sa stajališta krivičnog prava i postupka (Suggestion and hypnosis in criminal law and procedure)*, Naša zakonitost, 1984, no. 1, p. 37.

cannot be sacrificed for truth-finding purposes, even in cases concerning the detection of crime and perpetrators”.¹⁴ In German legislation, for example, the use of hypnosis in the examination of the accused criminal offender is explicitly prohibited. The effect of this prohibition may not be abolished even in case the defendant voluntarily consents to being subjected to hypnosis (Art. 136 of CPC of the Federal Republic of Germany). For, “a voluntary slave is nothing but a slave”.¹⁵

In addition to human rights protection issues, another reason against using hypnosis in criminal proceedings is insufficient credibility of statements obtained thereby. Namely, the hypnotized person may demonstrate a propensity towards “confabulations, fantasies and uncritical statement of facts, or may be highly prone to suggestibility which is manifestly reflected in the strong desire to obey and meet the express or implied expectations of the hypnotist.”¹⁶ For these reasons, the evidence obtained by hypnosis is highly unreliable.

The Serbian legislation *de lege ferenda* should ensure full exclusion of all evidence obtained by hypnosis in both pre-trial and trial proceedings. Thus, the information obtained by the police in such a manner shall not be used in criminal proceedings because the defendant’s statement obtained in the pre-trial or preliminary proceedings may lead to the discovery of some other evidence, which may be used by the court in the process of establishing the factual grounds of the case at issue. A failure to prohibit the use of information obtained by hypnosis would undermine the rationale for prohibiting this instrument. The legality of the undertaken evidence proceeding would be substantially tainted by the origin of the obtained information, which might have been a source for disclosing some other evidence subsequently used in criminal proceedings. The prohibition of taking some action must concurrently imply the prohibition of using the results of that action. Therefore, the police shall not engage in suspicious and controversial activities, nor shall the court base its decisions on the results of such actions.

Apart from the legal scholars advocating absolute prohibition of hypnosis, the criminal procedure theory includes the views of those proposing a limited use of hypnosis in criminal proceedings, which primarily refers to cases involving the commission of crime under the influence of hypnosis. In such cases, hypnosis could

¹⁴ Dr Vladimir Vodinelić, *Sugestija i hipnoza (Suggestion and Hypnosis)*, op. cit. p. 63.

¹⁵ *Ibid*, p. 62

¹⁶ E. Hilgard, E. Loftus; E. Altavila, see in: dr Živojin Aleksić, dr Zoran Milovanović, *Primena savremenih naučnih dostignuća u obezbeđivanju dokaza, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo (Application of contemporary scientific achievements in evidence proceedings)*, Beograd, 1990, no. 3, p. 107 (footnotes 27 and 28).

be used for the purpose of eliminating the inhibitory effects of post-hypnotic amnesia. Namely, considering the impact of the hypnosis-induced “isolated rapport”, the defendant’s memory is blocked and he is incapable of exercising his free will. Hence, the defendant’s statement in the interrogation process largely rests on the hypnotist’s instructions and suggestions. Such circumstances are likely to lead to the defendant’s mistreatment and manipulation, the ultimate result of which could be his conviction even though the likelihood of his acquittal actually might have been quite high. It may be prevented only by using the so-called exploratory hypnosis (a hypnotherapy technique to explore repressed memories). Therefore, the judge is required to establish rapport by reinstating “the defendant’s capacity to exercise his free will and aiding recall of criminal events by means of hypnosis”.¹⁷

A similar view is embodied in the conception that hypnosis may be used in case where the defendant has voluntarily consented to being subjected to hypnosis in order to cast more light on the criminal event. However, it would mean that the defendant has voluntarily waived the legally envisaged protection”.¹⁸

With all due respect to this standpoint, it is necessary to consider the ethical and medical aspects of a defendant’s right to waive the prescribed legal protection. It is highly disputable whether the defendant may be allowed to revoke the legally provided protection. Human dignity and personal integrity are universal values which must be observed in their own right. The defendant is fully entitled to exercise his free will autonomously and without reservation at any point in the course of criminal proceedings (even after his culpability has been established). If the defendant agreed to be subjected to hypnosis after pleading guilty, the protection of his human rights would be incomprehensive. This issue raises a number of dilemmas. Should the defendant’s legal protection from the use of hypnosis extend only until the point of establishing culpability? Does the conception on using hypnosis as a subsidiary instrument (for casting more light on the case at issue) also imply the use of hypnosis for establishing the factual grounds for judicial deliberation on defendant’s criminal liability and punishment? We consider that such a construction is absolutely unjustifiable. Therefore, the use of hypnosis must be prohibited, even in case where it is aimed at discovery of facts which could cast more light on the case and where the defendant has voluntarily consented to being subjected to this inhumane method.

¹⁷ *Dr Vladimir Vodinelić, op. cit. pp. 60-61.*

¹⁸ *Dr Živojin Aleksić, dr Zoran Milovanović, op. cit, p. 108.*

b. Narco-analysis

Narco-analysis is a psychiatric method of treating severe mental disorders by using narcotics. The cornerstone of narco-analysis is psychoanalysis. As compared to hypnosis, narco-analysis implies the administration of psychoactive medications. Narcotics (such as: scopolamine, sodium phenylbutyrate, sulfasalazine, pentothal, etc) inhibit the central nervous system and weaken its control functions, the ultimate result of which is disinhibition of inhibitory sensors governing human conduct. These substances are most commonly administered intravenously (for a short-term anxiety relief) but their side effects include a lack of free will, temporary amnesia, impaired thinking and judgment, state of confusion, fatigue and sleepiness. Upon awakening, the defendant's resistance to examination is significantly diminished and the urge to communicate with others is amplified. In the opinions of psychoanalysts, the examined suspect or accused person has "a strong urge to confess and relieve his sense of guilt by disclosing information that gives rise to some punishment".¹⁹

Narco-analysis indisputably falls within the scope of prohibited medical interventions whose application is regulated in Article 9 of the Serbia CPC. In addition, the use of "the truth serum" is unreliable because the diminished free will implies higher suggestibility, which may lead to misinformation and untruthful statements.

c. Lobotomy and other medical interventions

The awareness that human conduct may be modified by surgical interventions on the brain has triggered the emergence of an idea that surgery may be used as a method for modifying the defendant's demeanor in criminal proceedings. *Inter alia*, brain surgery may be aimed at treating certain mental disorders, arising as a consequence of some functional disorders of nerve cells (neurons) in the frontal cortex. Thus, the medical science has encountered the issue of locating the disturbed part of the human brain, which is the physiological basis for mental aberrations, in order to intervene but without damaging the surrounding healthy tissue. A new surgical method, medically designated as *pre-leucotomy* or *lobotomy*, emerged in 1935 as a result of collaboration of a Portuguese doctor Egas Moniz and neurosurgeon Almeida Lima.

This method essentially implies the incision of to the nerve cord between the frontal lobe of the cerebral cortex (which is the physiological center of cognition) and the thalamus (the part of the mid-brain in charge of emotional responses). Aggression and extreme anxiety may be neutralized by interrupting this

¹⁹ Mengerling, *das wahrheitserum* p. 52, cited in: dr Mihaјlo Aćimović, *op.cit*, p. 268.

communication and separating the cognitive functions from emotional contents. It leads to appeasement and increased obedience of the person who has been subject to this surgical operation.²⁰

Apart from certain positive results in therapeutic treatment of impulsive aggressive persons, anxious and sexually deviant psychopaths, the use of lobotomy has a negative impact on and significant implications for the mental health of persons subjected to such treatment. This medical intervention leads to intellectual numbness and reduces the person's creative abilities and capacities. Its ultimate outcomes are emotional indifference and spiritual death.

Considering that lobotomy causes substantial changes in the personality of the person who has been subjected to such treatment (leading to appeasement and enhanced obedience), it can be used as a tool for extorting the defendant's confession in criminal proceedings. As a result of separating cognitive functions from emotional processes, which is commonly accompanied by intellectual numbness, emotional indifference and spiritual death, the defendant may be driven to abide by all orders and requests placed before him, which is the ultimate purpose of this surgical intervention. Given the detrimental consequences of this kind of surgery on the defendant's personality, lobotomy is deemed to be a highly inhumane medical intervention. In Serbian legislation, the use of lobotomy in criminal proceedings is prohibited by a general provision contained in Article 9 of the Criminal Procedure Code, regulating the prohibition of torture, inhumane and degrading treatment, coercion, deception, medical procedures and other activities that constitute undue influence. As all instruments aimed at exerting pressure on the free will of the accused, the use of lobotomy in criminal proceedings may lead to obtaining highly unreliable evidence. By means of lobotomy, an intellectually numb and emotionally indifferent person "is turned into an obedient and irresponsible being that may be easily manipulated for the purpose of obtaining a desired kind of statement."²¹

Being a surgical intervention primarily aimed at treating mental disorders, the use of lobotomy in criminal proceedings may turn this medical intervention into a mechanism of repression, which may ultimately have negative repercussions on the protection of defendant's human rights. For all these reasons, the use of lobotomy in criminal proceedings shall be strictly prohibited.

²⁰ Dr Stevan R. Petrović, *Psihologija i mogućnost zloupotrebe (Psychology and possible abuses)*, Beograd, 1983, pp. 162-166.

²¹ Dr Panta Marina, *Upotreba poligrafa kao metoda utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku (The use of the polygraph as a fact-finding method in criminal proceeding)*, Beograd, 1965, p.657.

Apart from lobotomy, there are other medical interventions which may be used in the course of criminal proceedings, in contravention with the applicable law. Thus, for examination purposes, the defendant may be exposed to an electro-shock treatment or an insulin-shock treatment (involving hypoglycemia, a sudden drop in blood sugar level), both of which cause disorientation and loss of mental control, thus facilitating the examination of the accused.²²

Conclusion

The principle of free assessment of evidence has emerged as a response to the limitations and constraints arising from the adherence to the concept of establishing the legal validity and admissibility of evidence. Yet, the categorical legal standards and rules of evidence prescribed by the law were insufficient for in the process of establishing the decisive facts. The factual grounds of a judicial decision may not be limited by the ‘shackles’ of statutory legislation, used as a prescriptive roadmap for determining legally relevant facts.

Free assessment of evidence is an indispensable method of constructing the factual grounds of judicial decisions. Technical instruments facilitate the discovery and establishment of facts, which may exceed the scope of judicial findings obtained either by using conventional evidentiary instruments or by personal observation of criminal procedure authorities. Yet, the attainments of scientific and technological development objectively restrict the scope of free assessment of evidence. Considering a tendency towards a specific “*scientization or expertization*” of criminal proceedings, judicial decisions are increasingly rendered on the basis of findings and opinions of expert witnesses. However, the judiciary may not uncritically subordinate their judicial opinion on disputed decisive facts to the results of expert witness analysis. Thus, the court would impose restrictions on the scope of the principle of free assessment of evidence.

The normative framework governing the prohibition of constructing a final judgment on legally invalid and inadmissible evidence is based on the universally guaranteed protection of fundamental human rights in criminal procedure. The exclusion of inadmissible evidence concurrently leads to imposing legitimate and legal limitations to the principle of free assessment of evidence.

²² For more information on the use of medical interventions in criminal proceedings, see: dr Saša Knežević, *Primena medicinskih intervencija u krivičnom postupku (Medical interventions in criminal proceedings)*, Niš, Pravni fakultet, Institut za pravna i društvena istraživanja, 2005, pp. 323-331.

СЛОБОДНОТО СУДСКО УВЕРУВАЊЕ И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈАТА НА САНКЦИИТЕ ВО СВЕТЛИНАТА НА ЗАКОНСКИТЕ РЕШЕНИЈА ЗА ВОЕДНАЧУВАЊЕ НА КАЗНЕНАТА ПОЛИТИКА

Гордана Бужаровска – Лажетик

Редовен проф. Правен Факултет „Јустинијан I“ Универзитет Св. Кирил и
Методиј, Скопје, Македонија

e-mail: gordana2206@gmail.com;

Олга Кошевалиска

Доцент, Правен факултет, Универзитет Гоце Делчев, Штип, Македонија

e-mail: olga.gurkova@ugd.edu.mk

Лазар Нанев

Вон. проф., Правен Факултет, Универзитет Гоце Делчев, Штип, Македонија

e-mail: lazar.nanev@ugd.edu.mk

Апстракт

Заради надминување на слабостите во судскиот систем, најмногу изразени во невоедначената казнена политика, нашиот законодавец направи обид за изнаоѓање на решение преку имплементирање на инструменти за воедначување на истата. Во таа смисла, првично беше донесен Правилникот за начинот на одмерување на казните, кој ја разбранува стручната јавност и предизвика бројни дебати и полемики околу неговата правна сила и можност истиот како подзаконски акт да се јави како извор на правото во кривична постапка. Имено, судовите судат врз основа на Уставот, Законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот. Во овој контекст е донесен Законот за определување на видот и одмерување на висината на казната. Потребата од донесувањето на овој Закон е образложена преку следниве причини: да обезбеди поголема правна сигурност на граѓаните, да се спречи субјективизмот во изрекувањето на кривичните санкции од страна на судите, да се стесни просторот на манипулации и слично. Целта на овој труд е токму да ја елаборира нужноста од донесувањето на овој Закон како и компаративно да ги истражи т.н. *sentencing guidelines* и нивната обигаторност односно факултативност при одредувањето и одмерувањето на казната.

Исто така во трудот ќе направиме обид да ја истражиме и можноста од вистинска примена на начелото на индивидуализација на казната како и со начелото на слободно судско одлучување за конкретен сторител и конкретно кривично дело во новонастанатите законски рамки.

Клучни зборови: казна, одмерување, кривично дело, кривична постапка, индивидуализација.

THE FREE JUDICIAL BELIEFS AND THE INDIVIDUALIZATION OF THE SANCTIONS IN THE LIGHT OF THE NEW LEGAL SOLUTIONS FOR HARMONIZING PENAL POLICIES

Gordana Buzarovska – Lazetik

Law Faculty “Iustinianus Primus”, University “St. Cirilus and Methodius”, Skopje,
Macedonia

e-mail: gordana2206@gmail.com

Olga Koshevaliska

Law Faculty, Goce Delchev University, Shtip, Macedonia

e-mail: olga.gurkova@ugd.edu.mk

Lazar Nanev

Law Faculty, Goce Delchev University, Shtip, Macedonia

e-mail: lazar.nanev@ugd.edu.mk

Abstract

For the purpose of overcoming the weaknesses in the judicial system, mostly expressed through the unequal sentencing policy, our legislator made an effort to find a fitting solution for this issue. First, the Rulebook on sentencing was adopted, that was not a good solution, and alarmed the experts to express their un approval through numerous debates about the controversies of its legal force in a manner that a rulebook cannot be a source of law in criminal proceedings. Hence, judges can reach a verdict only on the basis of the Constitution, laws and international agreements ratified in accordance with the

Constitution. In this context, the Law on determining the type and duration of the sentence was adopted. The need for the adoption of this Law is explained by the following reasons: to provide greater legal security, to prevent subjectivism in the imposition of criminal sanctions, to reduce the space of manipulation and etc. The purpose of this paper is precisely to elaborate the necessity of adoption of this Law as well as to comparatively illustrate the sentencing guidelines and their mandatory nature in foreign legislative. Also in the paper we will make an attempt to explore the possibility of a real application of the principle of individualization of sentence and the principle of free judicial decision for a particular perpetrator and a particular crime in the emerging legal framework.

Keywords: *sentence, determine, crime, criminal procedure, individualization.*

Вовед

Заради надминување на слабостите во судскиот систем, најмногу изразени во невоедначената казнена политика, нашиот законодавец *направи обид* за изнаоѓање решение преку имплементирање на инструменти за нејзино воедначување. Во таа смисла, првично Собранието на РМ пристапи кон измени на КЗ, кадешто во членот 39 беше внесено дека одмерувањето на казните ќе се врши согласно Правилник за начинот на одмерување на казните (понатаму во текстот: Правилник).¹ Правилникот ја разбранува стручната јавност и предизвика бројни дебати и полемики околу неговата правна сила и можност тој како подзаконски акт да се јави како извор на правото во кривична постапка, со оглед на фактот дека судовите судат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот. Притоа, не беше проблематична само правната сила на донесениот подзаконски акт туку и самата постапка за донесување на истиот. Целата постапка се покажа доста контроверзна и придонесе на површината да испливаат многу факти за начинот на функционирање на нашата правна држава и на најзасегнатата од сите – судската власт. Законодавната власт не

¹ Тумановски, А. (2014): Казнена политика на судовите во Република Македонија - одмерување на казната согласно измените на Кривичниот законик од 2014 година со посебен осврт кон Правилникот за начин на одмерување на казните на Врховниот суд на Република Македонија, МРКПК;

само што не успеа да им одолее на критиките кои беа доста жестоки во поглед на правната сила и легитимноста на Правилникот, туку со нетрпение дочека текстот на обвинителските Упатства за утврдување на видот и одмерување на висината на казната² да прерасне во посебен закон - Закон за определување на видот и одмерување на висината на казната³ (понатаму во текстот: ЗВВК). Потребата од донесувањето на овој Закон е образложена преку следниве причини: да обезбеди поголема правна сигурност на граѓаните, да се спречи субјективизмот во изрекувањето на кривичните санкции од страна на судиите, да се стесни просторот на манипулации и слично. Но се запрашуваме дали навистина ЗВВК се изготви со цел да се оствари конзистентност во санкционирањето и да се зголеми довербата на јавноста во правосудството? Новиот закон е всушност „рамката“ што обвинителството ја „скрои“ а во која мора да се движат судиите при одмерување на казните. Дали на судиите им е потребна таква рамка покрај конзистентните одредби содржани во КЗ?

Со ЗВВК на судиите им се ставаат на располагање инструменти, критериуми и математички одредници, преку кои судиите ќе вршат избор и одмерување на казните за определени категории кривични дела и во однос на различните категории сторители на кривични дела.

1. Донесување на ЗВВК како „историски чекор“

И покрај нелогичноста да се дава осврт на тукушто донесен закон како на „историски чекор“, сепак авторите на овој труд не одолеаа на терминот „историски“ не само затоа што станува збор за најнеочекувана промена и суспендирање на КЗ во однос на начинот на одмерување, „ублажување“ и „индивидуализирање“ на казната, но и затоа што по нивно убедување ЗВВК ќе остане запаметен како невиден креативно-ретрограден чекор во целокупната правничка историја на Македонија. Самиот законски текст е плод на

²<http://creativa5.com/dev/mba.org.mk/wpcontent/uploads/%D0%A3%D0%BF%D0%B0%D1%82%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-%D0%BE%D0%B4%D1%80%D0%B5%D0%B4%D1%83%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5-%D0%BD%D0%B0-%D0%B2%D0%B8%D0%B4%D0%BE%D1%82-%D0%B8-D0%BE%D0%B4%D0%BC%D0%B5%D1%80%D1%83%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5-%D0%BD%D0%B0-%D0%B2%D0%B8%D1%81%D0%B8%D0%BD%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D0%B0%D1%82%D0%B0.pdf>

³ Објавен во Сл. Весник на РМ, бр.199 од 30.12.2014, а започна да се применува од 01.07.2015 година.

претходното „обвинителско“ Упатство за одредување на видот и одмерување на висината на казната. Ова Упатство беше изготвено во 2013 години со цел да биде алатка за интерна употреба и помош на јавните обвинители кога пристапуваат кон спогодување. Упатството беше изработено од страна на работна група формирана со Одлука на Јавниот обвинител на Република Македонија,⁴ а во составот на работната група се наоѓаа: Јавниот обвинител на РМ, двајца ЈО од Основното јавно обвинителство за гонење на организиран криминал и корупција, еден обвинител од Јавното обвинителство на Република Македонија, еден судија на ВСРМ, тројца судии од Апелационен суд Скопје, претседателот на Основен суд Скопје I, двајца претставници од Министерство за правда и двајца претставници на адвокатите. Со оглед на целта што требала да се постигне со Упатството, малку зачудува зошто во работната група немало претставници од вишите обвинителства, од основните обвинителства како и од другите апелационите и основни судови.

Донесувањето на Правилникот, исто така, не помина лесно низ целата легислативна приказна.⁵ Иако неговото донесување беше пречекано со бурни реакции и од адвокатската и од судската фела⁶, сепак, по *добиените* мислења од јавното обвинителство и од Адвокатската комора, како кумулативни предуслови, без оглед дали се тие позитивни или негативни, Правилникот беше донесен. Донесувањето на овој подзаконски акт автоматски значи дека правната сила на уставните и законските прописи за воедначување на судската практика и казнената политика се доведоа во прашање. Согласно член 101 од Уставот, ВСРМ како највисок суд во државата е задолжен да го обезбедува единството во примената на законите од страна на судовите. Можноста на ВСРМ да се влијае врз казнената политика дава и чл. 37 од Законот за судовите,⁷ според кој ВСРМ на општа седница утврдува начелни ставови и начелни правни мислења по прашања од значење за обезбедување на единство во примената на законите од страна на судовите. Оваа надлежност може да ја

⁴ Одлука А бр.222/13 од 18.04.2013.

⁵ Првично, дали Врховниот суд има мандат за донесување на ваков подзаконски акт? Според проф. Арнаудовски ваков документ претставува повреда на принципот дека: проблематиката на примена на казни е исклучиво законска материја и таа не може да се регулира со подзаконски акти, а Врховниот суд нема овластувања (надлежности) за донесување на ваков акт. Види во Арнаудовски, Љ (2014): Казнена политика, МРКПК, стр.43;

⁶ Едногласен став на Општа седница на Врховниот суд на РМ, одржана на 27.01.2014 година, во врска со прашањето дека начинот на одмерување на казните не може да се регулира со подзаконски акт;

⁷ Закон за судовите, Сл. Весник на РМ бр.58/2006, 62/2006, 35/2008 и 150/2010.

остварува по сопствена иницијатива или по иницијатива на седниците на судиите или судските оддели од судовите. За утврдените начелни ставови и начелни правни мислења по прашања од значење за обезбедување на единство во примената на законите од страна на судовите, ВСРМ доставува годишен извештај до Судскиот совет на Република Македонија и го објавува на веб страницата на судот. Надлежноста на ВСРМ во однос на казнената политика е содржана и во Судскиот деловник.⁸

Имено согласно со чл.72 од Судскиот деловник судската практика се обработува во посебен оддел во судот, а при обработката се користат податоците од автоматизираниот компјутерски систем за управување со судски предмети. Судовите донесените значајни правосилни одлуки ги објавуваат во билтен најмалку еднаш годишно. Судскиот деловник ја воспоставува и обврската на ВСРМ да изготвува збирки на судски одлуки со кратки образложенија. Последниве години и Апелационите судови издаваат билтени на судска практика со што придонесуваат кон афирмација на карактеристични ставови за значајни предмети од судското постапување.⁹ Според чл. 73 од Судскиот деловник, Претседателот на ВСРМ во рамките на одделот за следење на судска практика може да формира и работно тело за воедначување и следење на судската практика.¹⁰ За претседателите на сите оддели во судот постои обврска да ги доставуваат правните мислења и заклучоците до претседателот на одделот за судска практика или судијата задолжен за судска практика.

Сето ова укажува на неутуѓивото право на ВСРМ да ја насочува казнената политика на судовите и судиите, а истото овластување како највисокиот суд во државата, со ЗВВК го добива и Комисијата формирана согласно ЗВВК, што е елаборирано подолу во трудот.

2. Компаративен преглед на актите за одмерувањето на казните

Идејата за „врамувањето“ на одредбите за одредување на казната во посебен законски текст несомнено доаѓа од *common law* правната традиција, каде што се покажало како нужно да постојат упатства за начинот на одредување на казните поради отсуство на одредби за минимална и

⁸ Судски деловник, Службен весник на РМ, бр.66/13 од 09.05.2013;

⁹ Билтени на апелациони судови по години и градови, достапни на <http://www.pravdiko.mk/bilteni-so-presudi-i-zakluchotsi-na-apelatsionite-sudovi/> .

¹⁰ Види Главинче, Н. (2015): Очекуваните импликации од донесувањето на Законот за определување на видот и одмерување на висината на казната во практика, Стручно списание Правник, бр.276, април;

максимална казна за одредено кривично дело. Потребата од постоење на посебен законски текст за одредување на видот и висината на казната, покрај постоење на одредби во материјалното казнено право со кои се пропишуваат казните и постојат рамки (долна и горна граница на кривичната санкција) за секое кривично дело, за жал тешко можеме да се оправда. Треба да се истакне дека ваквото „решение“ за проблемот на невоедначена судска пракса единствено се среќава во нашата земја, што треба да не стави во дилема дали навистина сме дошле до некое решение кое сите други земји со континентално право пропуштиле да го достигнат?¹¹

Во овој дел од трудот ќе се обидеме да дадеме компаративен линк со англосаксонското право, во кое и единствено има вакви законски инструменти.

На самиот почеток ќе наведеме дека компаративните анализи покажуваат дека во голем број држави од *common law* системот ваквите законски или подзаконски инструменти, полека но сигурно остануваат во историјата со тенденција да му се остави на судијата слобода во начинот на одмерување на висината на санкцијата прилагодена кон целите на казнувањето.¹² Искуствата со упатствата за одмерување на санкциите во САД покажуваат дека овој начин на одмерување на казната се напушта, поткрепено со фактот дека Упатствата во САД веќе немаат облигаторни природа.

Во САД обидите за изготвување упатства за одмерување на санкциите потекнуваат по иницијатива на *US Justice Department*.¹³ Упатствата за одмерување на санкциите се изготвени од страна на *US Sentencing Commission* како задолжителни упатства.¹⁴ Комисија за одмерување казни на САД е

¹¹ Така и Арифи, Б. (2014): Правилник за начинот на одмерување на казните – Pro et contra, МРКПК, стр.187,

¹² Во Шкотска, Ирска и во јужноафриканските држави, кои иако спаѓаат во држави од *common law* системот, воопшто не постојат упатства за одмерување на санкцијата, ниту има планови за нивно изготвување и примена со образложение дека на тој начин ќе се ограничи дискрецијата на судијата. Види во Бужаровска – Лажетиќ, Г, и Тупанески, Н. (2015): *Sentencing Guidelines* – Парадоксот на Македонското Законодавство, Стручно списание Правник бр.286, Октомври (понатаму во текстот како Бужаровска – Лажетиќ, Г, Тупанески, Н. (2015);

¹³ Julian V. Roberts, Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues, <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Julian%20Roberts.pdf>.

¹⁴ An Overview of the FEDERAL SENTENCING GUIDELINES How the Sentencing Guidelines Work

независно тело во судската власт составено од седум члена со право на глас и двајца членови без право на глас, сите назначени по службена должност. Нејзината главна цел е да се воспостави казнена политика преку упатства со кои се пропишуваат соодветни казни за сторителите осудени за федерални кривични дела.¹⁵ Комисијата го донела Упатството за одмерување на казната за секоја категорија на осудени лица земајќи ги во предвид категоријата на кривичното дело и категоријата на карактеристики на сторителот. Притоа, кога се одмерува казна затвор границите треба да бидат тесни, односно максималниот распон не смее да го надмине минимумот за повеќе од 25 проценти или шест месеци. Уште од почетокот применување на Упатствата судиите изразиле несогласност со нивната задолжителна примена поради бројни причини.¹⁶ Конечно во 2005 година во *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005)¹⁷, Врховниот суд на САД ги прогласи упатствата за незадолжителни и им одреди советодавен карактер при одмерување на санкцијата. Оттогаш федералните судии имаат слобода да определат подолга или пократка санкција, надвор од рамките предвидени во Упатствата, но тоа треба да го образложат во пресудата и нивните одлуки ќе бидат предмет на повторно испитување, ако Апелациониот суд утврди дека одлуката била неразумна. Главната причина за оваа одлука на Врховниот суд е фактот дека насоките станале извор на интензивна контроверзност и предмет на критика бидејќи постоеле случаи кога на обвинетиот му се определила построга казна од онаа што може да се смета за разумна и пропорционална за стореното кривично дело.

http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/Overview_Federal_Sentencing_Guidelines.pdf. Последен пристап на 29.09.2015;

¹⁵ Мисоски, Б., Груевска – Дракулевски, А. (2014): Компаративна анализа на механизмите на упатства за одмерување казна: Упатството за одмерување казна во САД, МРКПК стр.91-111;

¹⁶ Правна несигурност во делот на санкционирањето но и нивна противуставност во смисла на правото на поротно судење, повреда на поделбата на власта и навлегување на законодавната власт во судството. An Overview of the US Sentencing Commission, www.ussc.gov/. Види фуснота 14;

¹⁷ *US v. Booker* (04-104) 543 U.S. 220 (2005), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-104.ZO.html>; *US v. Fanfan*, No. 04-105, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=04-104>.

3. Поим на казнена политика и казнената политика во Македонија

Казнената политика треба да го помине тестот на легалитетот, легитимитетот, правдата и правичноста.¹⁸ Најгешко е да се најде баланс помеѓу правото на државата да казнува, настојувањето за воедначена казнена политика и непристрасноста на судиите и нивното слободно судиско убедување при оценка на доказите.

Казнената политика¹⁹ ја опфаќа политиката на пропишување на кривичните санкции но и на судското одмерување и изрекување на истите. Политиката на пропишувањето на санкциите е во надлежност на законодавецот којшто го материјализира и му дава легислативен израз на правото на државата да казнува (*ius puniendi*). Оваа надлежност, законодавецот ја изразува во одредбите на Кривичниот законик. Вториот аспект на казнената политика се однесува на судското одмерување на конкретна санкција по вид и висина, при што се очекува од судијата истата да ја прилагоди на околностите поврзани за својствата и личноста на сторителот а земајќи ги предвид олеснителните и отежителните околности пропишани со Кривичниот законик со цел за нивна индивидуализација и заради успешно остварување на целите на казнувањето.²⁰ Казнената политика на РМ се докажа како доста проблематична. Фактот што во обликувањето и спроведувањето на казнената политика, учествуваат трите власти: законодавната, извршната и судската на општо и на поединечно ниво, оваа политика се остварува низ противречности кои претходно ги одредуваат односите меѓу властите, за да

¹⁸ Бужаровска – Лажетиќ, Г. (2014): Невоедначената казнена политика и Нејзиното влијание врз спогодувањето за кривична санкција според законот за Кривичната постапка, МРКПК, стр.51, Трудот претходно е објавен во „Деловно право – издание за теорија и практика на правото“ (подетално на <http://mla.org.mk/default.aspx?SectionID=45&selection=2>) и презентирани на 70-тата Средба на правниците во Охрид, во организација на Здружението на правниците (подетални информации достапни на: <http://www.mla.org.mk/>). Во понатамошниот текст како Бужаровска – Лажетиќ, Г. (2014);

¹⁹ Повеќе за казнената политика види во Бужаровска – Лажетиќ, Г. (2014): Problemi kaznene politike u okviru sporazumevanja o krivicnoj sankciji u Republici Makedoniji, Kaznena politika kao instrument drzavna politika kriminaliteta, Banja Luka, Стр.93, Груевска – Дракулевски, А. (2011): КАЗНЕНАТА ПОЛИТИКА НА СУДОВИТЕ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ВО ПЕРИОДОТ 2007-2011, МРКПК, стр. 1, Milutinovic, M., (1984), Kriminalna Politika, Beograd: Savremena Administracija,

²⁰ Бужаровска – Лажетиќ, Г., Тупанчески, Н. (2015) стр.53-55;

може секоја одделно да се вклопи во казнената политика на државата, но и во криминалната политика на државата.²¹

Правилното детектирање на проблемот секогаш доведува до негово правилно решавање. Кога веќе се проблематизира казнената политика, за волја на вистината, основано, логично е да се елиминираат причините поради кои овие проблеми се создадоа. Проблемите на казнената политика гравитираат околу три точки: прешироки казнени рамки во КЗ од една страна, преблага казнена политика од друга страна и трета, невоједначена казнена политика во различни судски подрачја.

Првиот проблем е доста често потцртан од страна на стручната и научна јавност. Преголемите рамки на КЗ во однос на минимумот и максимумот на казната задаваат повеќе проблеми одошто што оставаат простор за реална индивидуализација на казната, односно нејзино вистинско одмерување. Освен ова, постојат кривични дела со превисок законски минимум кои, исто така, ја оневозможуваат индивидуализацијата на казната според околностите на случајот што е во спротивност со Препораката бр. Р(92) 17 за конзистентноста во казнувањето која изречно укажува на проблемите што може да се јават како резултат на преширок распон на пропишаните казни, односно да се води сметка за законскиот минимум на казните кои му оневозможуваат на судот да ги земе предвид посебните околности во конкретниот случај.²² Овој проблем, наместо да се реши се *радикализира* со дополнителни законски измени. Имено, и покрај сите укажувања дека распонот на казната од полни десет односно дваесет години кај едно кривично дело е преширок распон во судиското одмерување на санкциите, во една од последните новели на КЗ, без каква било научна или стручна расправа, се зголеми законскиот максимум на казната затвор од 15 на 20 години, а се вовеле и долгогодишна казна затвор од 40 години како замена за доживотниот затвор.²³

Вториот проблем со т.н. блага казнена политика (санкции што гравитираат кон законскиот минимум) може да се гледа од два аспекти. Едниот аспект е дека судиите навистина се преблагы во казнувањето.²⁴

²¹ Арнаудовски, Љ. (2014) Криминална Политика, МРКПК, стр.43;

²² Види во Бужаровска – Лажетиќ, Г, Тупанчески, Н. (2015) и види Recommendation No. R(92)17 concerning consistency in sentencing, 19.10.1992, В/2.

²³ Службен весник на Република Македонија, бр. 27/2014.

²⁴ Речиси секојдневно во медиумите се пласира констатацијата дека законодавецот добро ја обликува репресијата, но дека судовите упорно пресудуваат казни кои се, како по правило, многу благи. Таквите наоди можат да изгледаат убедливо,

Оправданието зошто судовите ретко го користат пропишаниот законски максимум на казната се огледа во фактот што максимумот е само за исклучителни случаи и не треба да се очекува негово изрекување пречесто.²⁵ Пропишаните казнени рамки се апстрактниот прекор, а индивидуализираната кривична санкција е конкретен прекор кон сторителот врз основа на околностите на случајот.²⁶ Вториот аспект е дека обвинителите не вложуваат правни средства за да ги обжалат ваквите одлуки.²⁷ Практичарите укажуваат

бидејќи се објаснуваат само со презентирање на одредбите на посебниот дел од Кривичниот законот, а не се земаат предвид законските одредби од општиот дел на Кривичниот закон, особено оние кои се директно поврзани со видот и висината на казната. Аргументи за благата судска казнена политика се нуди и врз основа на статистички податоци за целокупноста на казните за одредени кривични дела за одреден период, или врз основа на индивидуалните примери од секојдневната пракса. Имено, заклучокот на истражувачите дека казнената политика е блага, најмногу поради тоа што во голем процент се изрекуваат условни осуди со утврдени казни затвор и краткотрајни казни затвор до 1 година е само заклучок кој произлегува од статистичките податоци, а не и од сериозна научно методолошка анализа на казнената политика. Токму затоа и во јавноста преовладува мислењето за блага и несоодветна казнена политика. Но, статистиката и бројките не ја даваат вистинската слика на казнената политика, а уште помалку можат да го трасираат патот за утврдување на соодветна казнена политика, па токму затоа потребна е продлабочена анализа заснована на научно-методолошки и практични параметри меѓу кои секако треба да бидат и економско-социјалните, социолошките, криминолошките и други. Во спротивно, зборуваме само за статистичка казнена политика на судовите, а не и за казнена политика. Види во Гогов, Б. (2014): Реформа на казнената политика или нешто друго, МРКПК, и Неделкова, Л. (2014): Осврт на правилникот за начинот на Одмерување на казните, МРКПК, стр.13-33, во понатамошниот текст како Неделкова, Л. (2014);

²⁵ Horvatić, Z. (2004): Problem odnosa u zakonu propisane i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela, (zakonska i sudska kaznena politika) hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 381-434.

²⁶ Kos, D. (2004): Zakonska i sudska politika kažnjavanja Županijskih sudova u Republici Hrvatskoj - ubojstvo, razbojništvo i teško djelo protiv sigurnosti javnog prometa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 435-474.

²⁷ Ова е сериозен проблем кој може, со голема резерва, да се сфати како фактор што придонесува за недоволно остварување на целите за сузбивање на криминалитетот. Друго прашање е дали заострувањето на казнената политика е најдобар начин за одвраќање од криминалитет и дали судиите се преблаг или

на можноста јавниот обвинител преку поднесување жалби да влијае врз казнената политика на судовите.²⁸ Ова го потврдува и претседателката на Врховниот суд, која истакнува дека независно од изречената кривична санкција – казна или условна осуда на подрачјето на Апелациониот суд Скопје, Јавниот обвинител во најголем број случаи – околу 95% не се жалел на изречената санкција од страна на првостепениот суд, што не е случај со другите три апелациони подрачја. На подрачјето на сите апелациони судови, во секој случај кога е поднесена жалба од Јавниот обвинител, истата се уважува и на обвинетите лица им се изрекуваат построги санкции – казни или повисоки казни, а кога е поднесена жалба од обвинетото лице, во 99% случаи, жалбите не се уважуваат.²⁹

Конечно *третиот проблем*, невоедначена казнена политика во географска смисла. Имено, на подрачјето на апелационите судови Гостивар, Штип и Битола се изрекуваат построги казни и санкции за исти или слични кривични дела со слична фактичка состојба отколку на подрачјето на Апелациониот суд Скопје.³⁰

4. Комисија за воедначување на казнената политика

Во Република Македонија за првпат се формира Комисија која ќе се грижи за воедначување на казнената политика во изрекувањето на казните преку предлагање критериуми за одредување на видот и одмерување на висината на казната. За разлика од англосаксонскиот систем во кој прво се формираат комисии за изготвување упатства за одмерување на санкциите, а потоа тие изготвуваат упатства, а кај нас прво се донесе ЗВВК па се формира Комисија. Кога веќе го следиме примерот на САД, да напоменеме дека во САД првично е формирана Комисија а потоа таа комисија (со правилен состав!) работеше повеќе години на утврдување на постојната казнена политика и на нејзините недостатоци за да донесе Упатства кои ги решаваат

законодавецот пропишал неразумно строги санкции кај определени кривични дела. Бужаровска – Лажетик, Г. (2014).

²⁸ Novosel, D. (2004): *Žalbe državnog odvjetnika i okrivljenika kao korektiv izrečenih kazni*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 701-750; Novosel, D. Pregled predloženih izmjena Kaznenog zakona – Posebni dio (razlozi podizanja zakonskih minimuma), www.dorh.hr/fgs.axd?id=1027.

²⁹ Неделкова, Л. (2014): стр.18-19

³⁰ Види Брашер Тајд, Л. (2012): *Анализа на македонската казнена политика и препораки за нејзиниот иден развој: Кон поеднообразен систем, ОБСЕ Мисија во Скопје*;

проблемите затечени во пракса. Кај нас обратно се постави и овој процес. Оттука наместо казнените рамки и околностите што се земаат предвид при одмерување на казната да бидат резултат на анализи што ќе ги прави Комисијата, таа добива улога на ревизор на донесените одлуки од страна на судиите. Во ЗВБК се пропишува дека комисијата е независно и советодавно тело кое се грижи за воедначување на казнената политика во изрекувањето на казните *преку предлагање критериуми за одредување на видот и одмерување на висината на казната*.

Друг проблематичен аспект е независноста на Комисијата. Таа се финансира од Министерството за правда, седиштето и е во самото министерство и конечно администрацијата во Министерството ја користи и Комисијата. Вистинската независноста подразбира и финансиска самостојност и може да постои само ако некој орган располага со сопствени средства и ресурси. Скептици сме за можноста од вистинска независност кога самата Комисија и финансиски и просторно и административно е зависна од извршната власт.

Не можеме да бидеме рамнодушни и во однос на составот на Комисијата. Имено, Собранието на Република Македонија, во согласност со ЗВБК, избира еден адвокат, двајца судии, двајца обвинители и двајца професори за членови на Комисијата.³¹ Зачудува невоедначениот пристап во предлагањето на обвинителите и на судиите. Додека обвинителите ги предлага Јавниот обвинител на РМ, судиите наместо да ги предлага Претседателот на ВСРМ, нив ги предлага Судскиот совет на РМ. Интересен пристап кој многу зборува за фактот кои институции се контролирани од „креаторите“ на целата идеја. Ако замислата била предлозите да ги дава телото што се грижи за избор и оценка на работата, тогаш и обвинителите ќе беа предлагани од Советот на јавните обвинители. Сериозна забелешка се однесува на составот на Комисијата во којашто не доминираат бројот на судиите. Како да сме подзаборавиле дека одмерувањето на санкциите е исклучива судска надлежност. Понатаму, согласно начелото на еднаквост на странките во спорот (обвинителство и одбрана) зошто во нејзиниот состав

³¹ Членови на Комисијата се д-р Неџат Елези, јавен обвинител во Јавното обвинителство на Република Македонија и д-р Јован Илиевски, основен јавен обвинител во Основното јавно обвинителство за гонење на организиран криминал и корупција, Гордана Сајковска, судија на Апелациониот суд Скопје и Татјана Дуковска, судија на Апелациониот суд Скопје, адвокатот Љубчо Наумовски, универзитетската професорка Арта Билали, професор на Државниот Тетовски Универзитет и универзитетскиот професор Горѓи Сламков, професор на Европскиот Универзитет.

нема и двајца преставници од Адвокатската Комора, останува неодговорено. Зарем постои сомнеж дека адвокатите не може со своето знаење, искуство и умешност да придонесат за надминување на невоедначената казнена политика? Креаторите забораваат дека адвокатите се најупатени во различниот „аршин“ што нивните клиенти го добиваат во различни судови, па дури и во различни совети во ист суд. Воедно, останува сосема нејасно зошто професорите не се предлагаат од страна на Сенатите на универзитетот каде што работат, туку добиваат неизбежни партиски прерогативи бидејќи едниот професор е на предлог од Министерот за правда, а вториот по предлог на Владата. Сепак се чини најконтроверзна е прашањето зошто законодавецот сметал дека во оваа комисија не треба изрично да членува и претставник од Врховниот суд кога тој по сила на закон е надлежен да се грижи за единствена примена на законите во РМ. Во условите за престанок на мандатот во ЗВБК не се среќаваат два условия кои се вообичаено дел од легислативните текстови, а се однесуваат на: исполнување на условите за старосна пензија и осуда со правосилна судска пресуда за кривично дело на безусловна казна затвор од најмалку шест месеца. Ако и за првиот основ може да се најде разбирање, со оглед на заложбата членовите да бидат лица во пензија со долгогодишно професионално односно професорско искуство, изоставувањето на вториот основ е прилично проблематично.³²

Покрај фактот што сме прва држава во регионот, можеби и прва држава надвор од *common law* системот која има ваков систем на одредување на казните, ние сме и прва држава во светот во која странките (читај: обвинителот) ќе му укажуваат на судот каква казна да изрече за одредено кривично дело, а тоа да не е случај на спогодување за казната каде што обвинителот легитимно ја договара казната со обвинетот а судот само ја прифаќа истата. Составот на Комисијата го потврдува претходно кажаното. Кога веќе го следиме примерот на САД, истиот треба дословно да биде превземен и Комисијата да биде составена само од судии и притоа нејзиниот состав да има преставници од сите основни, апелациони судови како и од Врховниот суд но и задолжително во нејзиниот состав да биде Претседателот на Врховниот суд кој е претставник на највисокиот, по хиерархија, судски орган во државата.

Зачудува зошто Комисијата не е формирана како тело кое ќе биде во функција на остварување на надлежноста на ВСРМ, туку се предвидува да биде независно и советодавно тело, но со седиште во Министерството за правда.

³² Бужаровска – Лажетик, Г., Тупанчески, Н. (2015): *стр.54*.

5. Одмерување на казната и начело на индивидуализација на казната

Одмерувањето на казната, всушност претставува конкретизација на законски пропишаната казна, односно избор и изрекување на казна што одговара на стореното дело и неговиот сторител. Карактеристично за процесот на одмерување на казната е тоа што основните претпоставки на логичкиот процес на кој се сведува судското одлучување се релативни или варијабилни. Имено, законски пропишаната казна не е дадена фиксно, туку во определени казни рамки, со различни можности за нејзино моделирање, ублажување, па сè до целосно ослободување од казна. При тоа, судијата мора да внимава на целите на казнувањето определени со закон и е должен да се грижи да бидат утврдени и докажани сите околности, релевантни за одмерување на казната, низ една формална и контрадикторна процедура, така што тој не може одлуката да ја донесува исклучиво по сопствено наоѓање.³³

Слободата на судијата е објективно ограничена со утврдените факти и нивното формално утврдување и е подложна на контрола од страна на повисокиот суд во постапката по правните лекови. Сите тие правни, логички и субјективни моменти при одлучувањето за казната треба да бидат поставени во таков однос на интеракција и заемно ограничување, што судското одмерување на казната ќе го претворат во најголема можна мера во рационален, наместо во интуитивен и арбитререн чин.

Начелото на индивидуализација на казната е пак едно од најважните начела во современото кривично право. Тоа значи определување на судијата за казна што според видот и мерата ќе биде најпогодна во дадениот случај кај дадениот сторител да ги оствари целите на казнувањето прокламирани во законот. При тоа, вака дефинирано, начелото на индивидуализација не значи само сообразување на казната со потребите на ресоцијализацијата на сторителот, туку и нејзино сообразување со потребите на остварувањето на генерално- превентивните цели на казнувањето.³⁴

³³ Марјановиќ, Ѓ. (1998): , Кривично право, Општ дел, издавач: НИО Студентски збор, Камбовски, В. (2004): Казнено право, Општ дел, Култура, Скопје, Камбовски, В. (2011): Коментар на кривичниот законик на Република Македонија - интегрален текст, Клуб Матица;

³⁴ Димитров, Е., Јосифовски, З. (2014): Одмерување на казната согласно измените и дополнувањата на Кривичниот законик, со посебен осврт на Правилникот за начинот на одмерување на казните, МРКПК;

Настрана од вака, теоретски, елаборираното одредување на казната и начелото на индивидуализација на казната, во законот сега стои дека:

Член 39³⁵

- (1) Судот ќе му одмери казна на сторителот на кривично дело во границите што се пропишани со закон за тоа дело, имајќи ги предвид кривичната одговорност на сторителот, тежината на делото и целите на казнувањето.*
- (2) Судот ќе ги има предвид сите околности што влијаат казната да биде помала или поголема (олеснувачки и отежнувачки околности), а особено: степенот на кривичната одговорност, побудите од кои е сторено делото, јачината на загрозувањето или повредата на заштитното добро, околностите под кои е сторено делото, придонесот на жртвата во извршувањето на делото, поранешниот живот на сторителот, неговите лични прилики и неговото однесување по стореното кривично дело, како и други околности што се однесуваат на личноста на сторителот.*
- (3) Одмерувањето на казната судот го врши согласно одредбите од Законот за одредување на видот и одмерување на висината на казната.*
- (4) Кога судот одмерува казна ќе има предвид дали кривичното дело е сторено во поврат, а посебно ќе има предвид дали поранешното дело е од ист вид како и новото дело, дали се работи за продолжено кривично дело и дали постои исклучително висок степен на противправност што во корелација со другите околности под кои е сторено кривичното дело го оправдува изрекувањето на построга санкција.*

³⁵ Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014 и 199/2014). Одлуки на Уставниот суд на Република Македонија: У. бр. 220/2000 од 30 мај 2001 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 48/2001; У. бр. 210/2001 од 6 февруари 2002 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 16/2002; У. бр. 206/2003 од 9 јуни 2004 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 40/2004 и У. бр. 228/2005 од 5 април 2006 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 50/2006.

- (5) При одмерување на казната судот посебно ќе има предвид дали кривичното дело е сторено против лице или група на лица или имот, непосредно или посредно, поради нивната припадност на одреден пол, раса, боја на кожа, род, припадност на маргинализирана група, етничка припадност, јазик, државјанство, социјално потекло, религија или верско уверување, други видови уверувања, образование, политичка припадност, личен или општествен статус, ментална или телесна попреченост, возраст, семејна или брачна состојба, имотен статус, здравствена состојба, или на која било друга основа предвидена со закон или ратификуван меѓународен договор.
- (6) При одмерувањето на паричната казна, судот ќе ја има предвид и имотната состојба на сторителот, водејќи притоа сметка за неговите други приходи, за неговиот имот и за неговите семејни обврски.

Во КЗ останаа одредбите од ставовите 1,2,4,5 и 6 на членот 39, според кои судот *единствено според КЗ* е должен да му одмери кривична санкција на сторителот на кривично дело во границите што се пропишани со закон за тоа дело.

а. Методологијата на одмерување на казната согласно ЗВВК

Во чл. 9 од ЗВВК се пропишани објективни критериуми за одредување на видот и одмерување на висината на казната во кои спаѓаат:

1. објективната категоризација на кривичното дело и
2. поранешниот живот на сторителот на кривичното дело.

Кривичните дела пропишани во Кривичниот законик и во други материјални закони во чл.10 се категоризираат во 55 хоризонтални категории³⁶ а критериумот за поранешниот живот на сторителот на

³⁶ I. парична казна, II. парична казна или затвор до 3 месеци, III. парична казна или затвор до 6 месеци, IV. затвор до 6 месеци, V. парична казна или затвор до 1 година, VI. затвор до 1 година и парична казна, VII. парична казна или затвор од 3 месеци до 1 година, VIII. затвор од 3 месеци до 1 година, IX. парична казна или затвор од 6 месеци до 1 година, X. затвор од 6 месеци до 1 година XI. парична казна или затвор до 3 години, XII. затвор до 3 години и парична казна, XIII. парична казна или затвор од 3 месеци до 3 години

кривичното дело се определува врз основа на вертикални категории.³⁷ Во овој критериум спаѓаат и осудите кои застареле во фаза на извршување. Во овој критериум не спаѓаат бришаните осуди како и осудите на казна затвор до три години за кои согласно закон се исполнети условите за нивно бришење. Последново внесе доста забуни кај судиите кои треба дословно да го применуваат, а потоа кај обвинетите за кој сега казните според ЗВБК ќе бидат доста високи поготово за лица кои биле судени пред многу години, а судот по службена должност не ги избришало казните иако настапила законска и

XIV. затвор од 3 месеци до 3 години, XV. затвор од 6 месеци до 2 години и парична казна, XVI. Парична казна или затвор од 6 месеци до 3 години, XVII. затвор од 6 месеци до 3 години, XVIII. затвор од 6 месеци до 3 години и парична казна, XIX. парична казна или затвор од 1 до 3 години, XX. затвор од 1 до 3 години,

XXI. парична казна или затвор до 4 години, XXII. парична казна или затвор до 5 години, XXIII. затвор до 5 години и парична казна, XXIV. затвор од 3 месеци до 5 години, XXV. парична казна или затвор од 6 месеци до 5 години, XXVI. затвор од 6 месеци до 5 години, XXVII. затвор од 6 месеци до 5 години и парична казна, XXVIII. парична казна или затвор од 1 до 5 години, XXIX. затвор од 1 до 5 години, XXX. затвор од 1 до 5 години и парична казна, XXXI. затвор од 3 до 5 години, XXXII. затвор од 3 месеци до 6 години или парична казна, XXXIII. затвор од 1 до 8 години, XXXIV. затвор од 1 до 8 години и парична казна, XXXV. затвор од 3 до 8 години, XXXVI. затвор од 5 до 8 години, XXXVII. парична казна или затвор од 1 до 10 години XXXVIII. затвор од 1 до 10 години, XXXIX. затвор од 1 до 10 години и парична казна, XL. затвор од 3 до 10 години, XLI. затвор од 4 до 10 години, XLII. затвор од 5 до 10 години, XLIII. најмалку 1 година затвор, XLIV. најмалку 2 години затвор, XLV. парична казна или затвор од најмалку 3 години XLVI. најмалку 3 години затвор, XLVII. најмалку 4 години затвор, XLVIII. најмалку 4 години затвор и парична казна, XLIX. најмалку 5 години затвор, L. најмалку 8 години затвор, LI. најмалку 10 години затвор, LII. најмалку 12 години затвор, LIII. најмалку 5 години затвор или доживотен затвор, LIV. најмалку 10 години затвор или доживотен затвор и LV. најмалку 15 години затвор или доживотен затвор.

³⁷ Чл. 11 од ЗВБК: Вертикални категории се: I. неосудуван II. до две правосилни пресуди за кривични дела за кои е предвидена парична казна или казна затвор до 5 години, III. до две правосилни пресуди од кои барем една е за кривично дело за кое е предвидена казна затвор над 5 години, IV. три правосилни пресуди или две пресуди со изречена ефективна казна затвор над 6 месеци или една пресуда со изречена ефективна казна затвор од најмалку 3 години, V. четири правосилни пресуди или две пресуди со изречена казна затвор од најмалку две години или една пресуда со изречена казна затвор од најмалку 5 години, VI. пет или повеќе правосилни пресуди или две пресуди од најмалку 5 години затвор или една пресуда од најмалку 8 години затвор.

судска рехабилитација. Таквите лица ќе бидат оштетени да судот во нова постапка која е поведена против нив ќе биде должен да одмери повисока казна од таа која реално треба да ја добијат.³⁸

Врз основа на пропишаните критериуми во членовите 10 и 11 од ЗВВК, во секој хоризонтален ред се дадени минималните и максималните граници на казни кои би можеле да му бидат изречени на сторителот на кривичното дело (во месеци), во зависност од тоа во која вертикална категорија сторителот ќе биде класифициран, доколку судот вон секако разумно сомневање утврди дека сторителот го извршил кривичното дело, кое му се става на товар. Во секоја вертикална категорија е утврдена средна вредност на висината на казната (во месеци), од која судот ќе започне да ги засметува олеснувачките и отежнувачките околности врз основа на што ќе ја индивидуализира висината на казната за конкретен сторител. Овие разработените критериуми се прикажани и во табела, како составен дел на законот, која судиите ќе мора да ја пополнуваат при секое одредување на казната.

Отежнувачките и олеснувачките околности кои влијаат врз висината на казната се групирани во следниве категории: I. Степен на кривичната одговорност, II. Побуди од кои е сторено кривичното дело, III. Јачината на загрозувањето или повредата на заштитното добро, IV. Околности под кои е сторено делото, V. Придонес на жртвата во извршување на делото, VI. Поранешниот живот на сторителот, VII. Лични прилики и однесување по сторување на кривичното дело, VIII. Други околности што се однесуваат на личноста на сторителот и IX. Поранешното дело е од ист вид како новото дело, делата се сторени од исти побуди, времето поминато од поранешната осуда, односно од издржаната или простената казна. Листата на олеснувачки и отежнувачки околности во која е извршено поединечно бодување на секоја околност е дадена во табелата која е составен дел на овој закон. Секоја од околностите е разложена на подоколности кои носат соодветни бодови и се содржани во прилог кон ЗВВК. Отежнувачките и олеснувачките околности се засметуваат со додавање односно одземање на поени, при што почетна основа претставува средната вредност на утврдената висина на казната во секоја вертикална категорија согласно горенаведениот преглед. Во овој дел е содржано апострофирање на претходната осудуваност што е во директна спротивност со Препораката на Советот на Европа бр. Р(92)17. Неспорно е дека претходната осудуваност треба да биде земена во предвид при

³⁸ Тумановски, А: (2014): Казнена политика на судовите во Република Македонија - одмерување на казната согласно измените на Кривичниот законик од 2014 година со посебен осврт кон Правилникот за начин на одмерување на казните на Врховниот суд на Република Македонија, МРКПК;

одмерување на санкцијата, но тоа не смее да биде механички, автоматски и неиндивидуализирано во однос на времето што минало од претходната осуда и природата на претходно стореното кривично дело.

Во ЗВВК³⁹, е наведено дека предмет на уредување се казните, а во него се содржани и одредби за алтернативните мерки. Воедно, во чл. 16 е пропишано дека доколку судот утврди казна затвор во траење до 24 месеци, а при евалуацијата во значителен обем преовладуваат олеснувачки околности, при што разликата е најмалку 5 поени во корист на олеснувачките околности, судот може утврдената казна затвор да ја услови или да примени некоја од другите алтернативни мерки предвидени во членот 48-а од КЗ. Сепак, се воочува дека одредбата од чл. 16 значително отстапува од начинот на одмерување на казни во досегашната судска практика.

б. ЗВВК и спогодувањето за висината на кривичната санкција

Дискусијата за казнената политика започна по измените на ЗКП и воведувањето на спогодувањето за кривична санкција. Според прифатениот концепт, санкцијата мора да се определи во законски пропишаните рамки на казната за конкретното кривично дело и примена на останатите институти во КЗ, а пред сè ублажувањето на казната. На почетокот обвинителите со соочија со сериозен предизвик, за кој немаа никаква правна традиција по која можат ориентационо да се движат при предлагањето или прифаќањето на казната од предлог спогодбата. Оттука и произлезе идејата за донесување на инструмент кои на самите обвинители ќе им ги даде рамките за спогодување на висината на кривичната санкција и ќе го превенира евентуалното пазарење за санкција. Затоа во 2013 години првично се донесе упатство за одредување на видот и одмерување на висината на казната кое упатство требаше да биде за внатрешна употреба на Јавните обвинители кога пристапуват кон спогодување во постапките.⁴⁰ Процесот продолжи во нелогична насока кога ова Упатство стана закон што ги обврзува судиите во нивното постапување.

Воведувањето на спогодувањето во ЗКП⁴¹ се злоупотреби за неколку легислативни измени на КЗ⁴² при што, во името на спогодувањето, а за сметка

³⁹ Член 1: Со овој закон се уредува одредувањето на видот и одмерувањето на казната, договарање за видот и висината на казната меѓу јавниот обвинител и обвинетиот во рамките на спогодувањето како и формирањето, составот, мандатот и надлежностите на Комисијата за воедначување на казнената политика.

⁴⁰ Тумановски, А. (2014);

⁴¹ Закон за кривичната постапка, Службен весник на РМ, бр. 150/2010.

на манифестирање политичка надмоќ, се измени КЗ и се Република Македонија се доведе во состојба КЗ да биде во спротивност со Уставот, да постои интерна контрадикторност во општиот дел од КЗ (некои одредби од посебниот дел од КЗ остануваат неприменливи), да постои контрадикторност на општиот со посебниот дел од КЗ (некои одредби од посебниот дел од КЗ остануваат неприменливи), да постои контрадикторност помеѓу општиот дел на КЗ и ЗКП (во ЗКП предмет на спогодување може да биде било која кривична санкција, а во ЗВВК се наведени само казните, а не и другите санкции со што неправедно се ограничува опфатот на спогодувањето). Во овој контекст, одредбите од делот IV и V од ЗВВК може да се оценат како крајно проблематични поради фактот што се во колизија со членот 41 од КЗ⁴³. Имено, членот 40 од КЗ утврдува дека судот може на сторителот да му одмери казна под границата пропишана со закон, но само во границите на ублажувањето на казната предвидени во членот 41 од КЗ. На членот 41 од КЗ упатува и членот 483 од ЗКП, кој утврдува дека при спогодувањето странките може да му предложат на судот кривична санкција определена според видот и висината, во законски определените рамки за конкретното кривично дело, но не под границите за ублажување на казната. Оттука, зачудува како во членот

⁴² Закон за изменување на Кривичниот законик, Службен весник на РМ, бр. 28/2014 од 06.02.2014;и Бужаровска – Лажетик, Г., (2014).

⁴³ Член 41, КЗ, (1) Кога постојат услови за ублажување на казната од член 40, судот ќе ја ублажи казната во овие граници ако: 1) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од десет години, казната може да се ублажи до пет години затвор; 2) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од осум години, казната може да се ублажи до четири години затвор; 3) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од пет години, казната може да се ублажи до три години затвор; 4) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од четири години, казната може да се ублажи до две години затвор; 5) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од три години, казната може да се ублажи до една година затвор; 6) за кривичното дело како најмала мера на казна е пропишан затвор во траење од една година, казната може да се ублажи до три месеци затвор; 7) за кривичното дело е пропишана најмала мера на казна затвор под една година, казната може да се ублажи до 30 дена затвор; 8) за кривичното дело е пропишана казна затвор до три години со назначување на најмалата мера, наместо казна затвор може да се изрече парична казна и 9) за кривичното дело е пропишана парична казна со назначување на најмалата мера, казната може да се ублажи до општиот законски минимум. (2) При одлучувањето во која мера казната ќе ја ублажи според правилата од став 1, судот посебно ќе ја има предвид најмалата и најголемата мера на казна пропишана за кривичното дело.

20 од ЗВВК, наместо да се прифатат рамките од членот 41, се предвидува можност за договарање казна до 50% од казната што би била изречена со примена на одредбите на ЗВВК во редовна судска постапка (кога договарањето на јавниот обвинител и обвинетиот се одвива во текот на истражната постапка и во скратената постапка до поднесување на обвинителниот предлог), односно договарање казна до 60% од казната што би била изречена со примена на одредбите на ЗВВК во редовна судска постапка (кога договарањето се одвива во фазата на оцена на обвинителниот акт). Истите забелешки може да се упатат и на одредбата од членот 21, во IV оддел од ЗВВК, според кој, во текот на главната расправа, по одржувањето на воведните говори на странките, ако обвинетиот ја признае вината судот не може да му изрече на обвинетиот казна помала од 70% од казната што инаку би му била изречена.⁴⁴

с.Ублажување на казната и парадоксот по измената на КЗ

Ублажувањето на казната подразбира изрекување казна под законски пропишаниот минимум за конкретното кривично дело или изрекување поблаг вид казна. Како коректив на редовното одмерување на казната, ублажувањето има свое оправдување во степенувањето на неправото на делото и на вината на сторителот. Имено, понекогаш делото може да е сторено под такви објективни и субјективни околности, што поради понискиот степен на повредата на правното добро и на прекор што може да му се упати на сторителот, барањето за пропорционалност на казната се спушта на пониско рамниште од законски типизираното. Постојат два вида на ублажување на казната: законско или неправо и судско или право. Законско или неправо ублажување постои во случаите кога законот предвидува дека сторителот може да се казни поблаго.⁴⁵ Се работи за случаи кога кривичното дело е сторено под посебни околности, за кои законодавецот самиот предвидел дека треба да имаат ублажувачко дејство: пречекорување на границите на нужната одбрана и крајната нужда, битно намалената пресметливост, отстранливата

⁴⁴ Подетално за концептот на спогодувањето види во: Лажетик - Бужаровска. Г. (2014), Лажетик-Бужаровска/Мисоски, Спогодување и медијација, МРКПК, бр. 2/2009 година, стр. 215-260; Матовски/Лажетик-Бужаровска/Калајчиев, Казнено процесно право, Второ изменето и дополнето издание, Скопје, 2011.

⁴⁵ Димитров, Е., Јосифовски, З. (2014): стр.208, Марјановиќ, Ѓ. (1998): , Кривично право, Општ дел, издавач: НИО Студентски збор, Камбовски, В. (2004): Казнено право, Општ дел, Култура, Скопје, Камбовски, В. (2011): Коментар на кривичниот законик на Република Македонија - интегрален текст, Клуб Матица;

правна заблуда, обидот, неуспешното поттикнување и помагањето, како и кај повеќе инкриминации во посебниот дел од КЗ. Законското ублажување е проширено на сите случаи кога судот е овластен да го ослободи сторителот од казна, па ако не го ослободи може да му ја ублажи казната надвор од границите на ублажувањето пропишани со законот или да му изрече споредна казна забрана за управување со моторно возило или протерување странец од земјата.⁴⁶

Институтот на судско или право ублажување до последните измени во КЗ беше дефиниран како одмерување на казната под законскиот минимум или изрекување на поблаг вид на казна за кривичното дело, кога судот ќе утврдеше дека постојат особено олеснувачки околности што укажуваат на тоа дека и со ублажената казна ќе се постигнат целите на казнувањето. Притоа, законот не определуваше кои се тие особено олеснувачки околности, така што секоја од околностите релевантни за судското одмерување на казната што се однесуваат на делото, вината или личноста на сторителот, можеше да се јави како таква. Меѓутоа, со новелата на КЗ,⁴⁷ одредбата на членот 40 од КЗ е изменета и гласи:

„Судот може на сторителот да му одмери казна под границата пропишана со закон, во рамките предвидени во членот 41 од овој закон или да примени поблаг вид на казна во случај:

1. Кога изрекува казна по поднесен предлог на спогодба за признавање на вина, склучена меѓу јавниот обвинител и обвинетиот и

2. Кога обвинетиот ја признае вината на главната расправа согласно одредбите на ЗКП“.

Ова значи целосно напуштање на досегашната концепција на т.н. судско или неправо ублажување на казната, врзано за постоењето на одредени особено олеснителни околности. Овие измени ја ограничуваат можноста за примена на овој институт само на две ситуации, а кои во суштина се врзани за претходното признавање на вината на сторителот за стореното кривично дело, како *conditio sine qua non*, без чие постоење е неможно судско ублажување на казната. Наместо во новата измена на КЗ од 2014 година евентуално да се предвиди и основот признание на вина на главната расправа како можност за

⁴⁶ Член 42, ст.2 од КЗ;

⁴⁷ Објавена во Службен весник на РМ бр.28/14 од 06.02.2014 година;

ублажување на казната, законодавецот, спротивно на правната логика во целост го измени член 40 од КЗ, кој како основи за ублажување на казната ги предвидува само спогодбата и признанието на вина. На овој начин се измени сутината на ублажувањето на казната. Имено, тоа ќе значи дека „се укинува” законското или неправо ублажување на казната во случаите кога законот предвидува дека сторителот може да се казни поблаго а воедно „се укинува” и судското или правото ублажување на казната во случаи кога постојат особено олеснувачки околности. Оваа законска одредба е апсурдна. Согласно чл.381 ст.1 од ЗКП, единствено во моментот по поуката за правата, обвинетиот, без оглед на природата и тежината на делото за кое се води постапката, може доброволно да ја признае вината во однос на едно или повеќе кривични дела од обвинението. Тоа значи дека во ситуацијата кога обвинителот на главна расправа, или по завршувањето на доказната постапка, го измени обвинителниот акт на начин што ќе го преквалификува делото во корист на обвинетиот, тој не може да ја признае вината, со што се доведува во опасност да му се изрече казна предвидена со критериумите на законот која во никој случај не може да се ублажи.⁴⁸ Последиците ќе бидат повеќе од очигледни: ќе се продуцира можност за злоупотреба на спогодувањето и признанието на вина како единствени основи за ублажување на казната поради неможност по други основи да се ублажи казната и со сигурност ќе дојде до зголемување на бројот на затворската популација.⁴⁹ Ова законско решение нужно ќе доведе до ситуации институтот ублажување на казната да се примени спрема сторител кај кој постои значително повисок степен на кривична одговорност во однос на друг сторител на кривично дело со понизок степен на кривична одговорност, само затоа што тој не бил подготвен да ја признае вината. Несомнено е дека ваквото поттикнување на обвинетите да ја признаваат вината негативно ќе влијае и врз доследното остварување на начелото на презумпција на невиност.

Ваквото решение не значи ништо друго освен натамошно ограничување на судијата во примената на правилата за одмерување на казната и скратување на можноста за доследно остварување на начелото на индивидуализација на казната во секој конкретен случај. Неприфатливо е да се привилегира признавањето на вината како олеснувачка околност, а во исто време да не се земаат предвид релевантните околности кои неспорно се појавуваат во конкретните животни ситуации и на стореното дело му даваат таков лесен

⁴⁸ Види Главинче, Н. (2015): стр.51;

⁴⁹ Неделкова, Л. (2014);

облик што целите на казнувањето можат да бидат остварени и со изрекување на ублажена казна.⁵⁰

Во овој дел заклучуваме дека, согласно новото законодавство, олеснувачките и отежнувачките околности судот може само квантитативно да ги брои при одмерување на казната наместо квалитативно да ги оценува. Од квантитативното, а не квалитативно вреднување на овие околности, ќе зависи дали при конечното одмерување на казната судот ќе се движи нагоре или надолу од средната вредност на казната определена за утврденото ниво на кривичното дело, што е апсурд за една демократска држава.

d. „Слободното“ судско уверување и одмерување на казната

Во секој судски процес најважна е објективно - субјективната интелектуална анализа и перцепција на судијата за тоа на кои докази, обично противречни, повеќе или помалку сигурни и слично, земени поединечно или сите заедно, ќе им даде верба и тежина и кои факти и околности ќе ги смета за решавачки и битни за случајот и кои од нив ќе ги смета за докажани или за недокажани и конечно каков заклучок ќе изведе со подведување на утврдените факти под позитивниот пропис, односно кој закон ќе го примени и какво толкување и интерпретација ќе даде за него.⁵¹ Право на судијата е да ги оценува и да ги вреднува изведените докази, да ги смета за утврдени или за неутврдени решителните факти за еден случај, односно врз основа на резултатите од доказната постапка да ги толкува и да ги вреднува решителните факти и согласно со тоа да примени еден или друг закон и да го толкува така како што тој ја разбира неговата смисла и цел. Врз таа основа можно е да се формира различно судско уверување. Претпоставка е дека таквото судско мислење е резултат од совесно и одговорно, високопрофесионално и непристрасно, независно и самостојно водење на судскиот процес и одмерување на санкцијата. Самостојното судско уверување, формирано според принципите и правилата на судската функција и професија, не значи неспособност или нестручно и несовесно вршење на функцијата, и обратно, неспособноста за вршење на судската функција не смее да се поврзува, да се покрива и да се оправдува со самостојното судско уверување. Без самостојно судско уверување, нема независно судство, нема достапност до вистината и правдата.

⁵⁰ Јосифовски, З, Димитров, Е. (2014): стр.193-227;

⁵¹ Стоев, Ф. (2011): [Судска заштита на човековите права и принципот на супсидијарноста](#) , Правен Дијалог бр.3;

Со донесувањето на ЗВБК се постави прашањето дали со предложените насоки се нарушува и напушта суштината на слободно судиско уверување и индивидуализацијата на кривичната санкција? Со донесувањето на ЗВБК, наведувањето на средна граница на казната, како и нумеричкото насочување кон определување на видот и висината на казната се стеснува просторот за критичко образложување на судијата при определување на висината на казната, се стеснува креативноста на судијата и го прави „уста на законот“ кој формално само треба да го примени законот и ладнокрвно да изрекува казни во кои и самиот не може да биде убеден дека се праведни.

Поделбата на власта на законодавна, извршна и судска е една од темелните вредности определени во чл. 8, ст. 1, ал. 4 од Уставот на РМ. Кога се во прашање санкциите сите три власти имаат свои надлежности. Законодавецот ги пропишува санкциите, судиите ги одмеруваат, а извршната власт (Министерството за правда) е надлежно за нивно извршување. Со настојувањето да го ограничи и вкалапи судското одмерување на казните, законодавецот манифестира недоверба во судиите и го минира начелото на индивидуализација на казната. Судското одмерување е законито сè додека се правилно применети одредбите од КЗ според оцената на судот за потребите на конкретниот случај. Дали е прифатливо слободното судиско убедување да биде вкалапено во табели, шаблони, бодови и работни листови? Слободното судиско убедување е „камен темелник“ на современите процеси за одмерување на санкциите и неспорна придобивка на доказното право.⁵² Тоа е израз на судската независност во одлучувањето и е особено важен принцип во доказното право и теорија особено имајќи го предвид фактот што слободата на судиското убедување не значи самоволие и арбитрерност туку оценка во рамките на законито изведените докази на кои судот ја заснова својата одлука.⁵³

Сметаме дека не смее да се ограничува судот и слободното судиско убедување во делот на оценување кои околности се важни за избор и одмерување на кривичната санкција. Судското одмерување е законито сè додека се правилно применети одредбите од КЗ според оцената на судот за

⁵² Damaška, M (2001) *Dokazno pravo u kaznenom postupku oris novih tendencija*, Pravni fakultet u Zagrebu, Poslediplomski studij iz kaznenopravnih znanosti, стр. 19.

⁵³ Крпач, Д (2010): *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, IV изменено i dopunjeno izdanje, NN, Zagreb; Шкулић, М. (2010): *Кривично процесно право*, Друго изменено и допуњено издање, Београд, 2010; Матовски/Лажетик-Бужаровска/Калаџиџев, *Казнено процесно право*, Второ изменето и дополнето издание, Скопје, 2011.

потребите на конкретниот случај. Секоја друга интервенција на законодавецот значи негово мешање во судската власт.

Заклучок

Прашањето за одмерувањето на казната во законските рамки, потешкотиите и неконзистентностите во казнената политика се предмет на постојана анализа од страна на академската и стручната јавност, којашто многукратно даваше практични предлози за надминување на согледаните проблеми, меѓу кои: воведување електронска евиденција на изречени санкции преку креирање посебно софтверско решение за сите правосилни пресуди во кое ќе може да се пребарува според вид на кривични дела и височина на казната; преиспитување на широките законски рамки кај одделни кривични дела; преиспитување на можностите за ефикасно остварување на функцијата на Врховниот суд на РМ во обезбедување на воедначена судска практика; востановување колективно тело кое ќе ја следи и истражува казнената политика и ќе креира насоки за одмерување на казните, но ваквите насоки ќе бидат со незадолжителен карактер поради начелата на законитост и слободното судиско убедување.⁵⁴

Во таа насока, авторите на трудот веруваат дека воедначувањето на судската практика и водењето конзистентна казнена политика не може да се остварува преку носење законски или подзаконски акти, туку оваа цел единствено може да биде постигната преку активностите на повисоките судови, а пред сè на Врховниот суд на РМ. Впрочем, доволно е да се погледне членот 37 од Законот за судовите. Оттука наместо интервенции во КЗ и донесување на Правилник или посебен *lex specialis*, далеку поефикасно и поконзистентно решение во поглед на казнената политика би било кога Врховниот суд на РМ би изградил начелни правни ставови или начелни правни мислења кои би содржеле насоки за тоа како треба да се толкуваат и применуваат одредбите на членот 39 од КЗ, но и целиот инструментариум кој му стои на располагање на судот при одмерување на казната. Овие начелни правни ставови и мислења, по силата на своите правни аргументи, треба да го наметнат својот авторитет и да бидат општо прифатени од страна на судиите при примената на одредени правни норми во конкретните кривични предмети. Секако дека нужен предуслов за ова би била една сеопфатна анализа на казнената политика на судовите во РМ, која би довела до јасно препознавање на сите слабости кои се јавуваат при одмерувањето на казните во конкретните

⁵⁴ Камбовски и др., Одмерување на казната во законските рамки, МРКК, бр. 2-3, 2008, стр. 235-278. Бужаровска – Лажетик, Г. (2014): оп.цит.

кривични предмети и која би била основа за градење на начелни правни ставови и мислења околу примената на одредени спорни правни одредби.

Сметаме дека би било корисно да се предложи решение за воедначување на казнената политика кое нема да задира во судската независност, а сепак ќе овозможи одлучување и во рамките на законските пропишани минимум и максимум но и во рамките на казнената политика што ја воде другите судови при донесување на одлуки за такви исти или слични дела. Ова може да се оствари преку воведување информатички систем за следење на политиката на казнување, којшто ќе овозможи непречен пристап до одлуките во однос на казната за слични предмети со што значително ќе се придонесе кон намалување на невоедначената казнена политика на судовите во нашата држава.

Користена литература

An Overview of the Federal Sentencing Guidelines How the Sentencing Guidelines Work,

<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/overview/OverviewFederalSentencingGuidelines.pdf>. последен пристап на 29.09.2015;

Damaška, M (2001): Dokazno pravo u kaznenom postupku oris novih tendencija, Pravni fakultet u Zagrebu, Poslediplomski studij iz kaznenopravnih znanosti;

Horvatić, Z. (2004): Problem odnosa u zakonu propisane i sudskim presudama primijenjene kaznenopravne represije prema počiniteljima kaznenih djela, (zakonska i sudska kaznena politika) hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 381-434.

Julian V. Roberts, Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues,

<http://weblaw.haifa.ac.il/he/Events/Punishment/Documents/Julian%20Roberts.pdf>;

Kos, D. (2004): Zakonska i sudska politika kažnjavanja Županijskih sudova u Republici Hrvatskoj - ubojstvo, razbojništvo i teško djelo protiv sigurnosti javnog prometa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 435-474.

Krapac, D. (2010): Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, IV izmenjeno i dopunjeno izdanje, NN, Zagreb;

- Milutinovic, M.**, (1984): *Kriminalna Politika*, Beograd: Savremena Administracija,
- Novosel, D.** (2004): *Žalbe državnog odvjetnika i okrivljenika kao korektiv izrečenih kazni*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 11, broj 2/2004, str. 701-750;
- Novosel, D.** Pregled predloženih izmjena Kaznenog zakona – Posebni dio (razlozi podizanja zakonskih minimuma), www.dorh.hr/fgs.axd?id=1027.
- US v. Booker** (04-104) 543 U.S. 220 (2005),
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-104.ZO.html>;
- US v. Fanfan**, No. 04-105,
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=04-104>
- Ариффи, Б.** (2014): Правилник за начинот на одмерување на казните – *Pro et contra*, МРКПК, стр.187,
- Арнаудовски, Љ** (2014): Казнена политика, МРКПК, стр.43;
- Судски деловник**, Службен весник на РМ, бр.66/13 од 09.05.2013;
- Билтени** на апелациони судови по години и градови, достапни на <http://www.pravdiko.mk/bilteni-so-presudi-i-zakluchotsi-na-apelatsionite-sudovi/>
- Брашер Тајд, Л.** (2012): Анализа на македонската казнена политика и препораки за нејзиниот иден развој: Кон поеднообразен систем, ОБСЕ Мисија во Скопје;
- Бужаровска – Лажетиќ, Г, и Тупанески, Н.** (2015): *Sentencing Guidelines* – Парадоксот на Македонското Законодавство, Стручно списание Правник бр.286, Октомври;
- Бужаровска – Лажетиќ, Г.** (2014): Problemi kaznene politike u okviru sporazumevanja o krivicnoj sankciji u Republici Makedoniji, Kaznena politika kao instrument drzavna politika kriminaliteta, Banja Luka,
- Бужаровска – Лажетиќ, Г.** (2014): Невојединачената казнена политика и Нејзиното влијание врз спогодувањето за кривична санкција според законот за Кривичната постапка, МРКПК, стр.51, Трудот претходно е објавен во „Деловно право – издание за теорија и практика на правото“ (подетално на <http://mla.org.mk/>) и презентиран на 70-тата Средба на правниците во Охрид, во организација на Здружението на правниците (подетални информации достапни на: <http://www.mla.org.mk/>).
- Бужаровска Лажетиќ, Мисоски, Б** (2009): Спогодување и медијација, МРКПК, бр. 2/2009 година, стр. 215-260;

- Главинче, Н.** (2015): Очекуваните импликации од донесувањето на Законот за определување на видот и одмерување на висината на казната во практика, Стручно списание Правник, бр.276, април;
- Гогов, Б.** (2014): Реформа на казнената политика или нешто друго, МРКПК;
- Груевска – Дракулевски, А.** (2011): Казнената политика на судовите во Република Македонија во периодот 2007-2011, МРКПК,
- Димитров, Е., Јосифовски, З.** (2014): Одмерување на казната согласно измените и дополнувањата на Кривичниот законик, со посебен осврт на Правилникот за начинот на одмерување на казните, МРКПК;
- Камбовски и др.,** Одмерување на казната во законските рамки, МРКК, бр. 2-3, 2008, стр. 235-278.
- Камбовски, В.** (2004): Казнено право, Општ дел, Култура, Скопје,
- Камбовски, В.** (2011): Коментар на кривичниот законик на Република Македонија - интегрален текст, Клуб Матица;
- Марјановиќ, Ѓ.** (1998): , Кривично право, Општ дел, издавач: НИО Студентски збор,
- Матовски/Лажетиќ-Бужаровска/Калаџијевиќ,** Казнено процесно право, Второ изменето и дополнето издание, Скопје, 2011.
- Мисоски, Б., Груевска – Дракулевски, А.** (2014): Компаративна анализа на механизмите на упатства за одмерување казна: Упатството за одмерување казна во САД, МРКПК стр.91-111;
- Неделкова, Л.** (2014): Осврт на правилникот за начинот на Одмерување на казните, МРКПК, стр.13-33;
- Стоев, Ф.** (2011): Судска заштита на човековите права и принципот на супсидијарноста , Правен Дијалог бр.3;
- Тумановски, А.** (2014): Казнена политика на судовите во Република Македонија - одмерување на казната согласно измените на Кривичниот законик од 2014 година со посебен осврт кон Правилникот за начин на одмерување на казните на Врховниот суд на Република Македонија, МРКПК;
- Шкулић, М.** (2010): Кривично процесно право, Друго изменено и допуњено издање, Београд, 2010;

Меѓународни документи и користени закони

Recommendation No. R(92)17 concerning consistency in sentencing, 19.10.1992, В/2.

Закон за изменување на Кривичниот законик, Службен весник на РМ, бр. 28/2014 од 06.02.2014;

Закон за кривична постапка, Службен весник на РМ, бр. 150/2010.

Закон за судовите, Сл. Весник на РМ бр.58/2006, 62/2006, 35/2008 и 150/2010.

Закон за судовите, Службен весник на Република Македонија, бр.58/2006; 62/2006; 35/2008 и 150/2010.

Кривичен законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014 и 199/2014). Одлуки на Уставниот суд на Република Македонија: У. бр. 220/2000 од 30 мај 2001 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 48/2001; У. бр. 210/2001 од 6 февруари 2002 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 16/2002; У. бр. 206/2003 од 9 јуни 2004 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 40/2004 и У. бр. 228/2005 од 5 април 2006 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 50/2006.

NEZAKONITI DOKAZI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Ivan Ilić

Asistent na Pravni fakultet u Niš, Srbija

e-mail: ivan@prafak.ni.ac.rs

Apstrakt

Nezakoniti dokazi su oni, koji su pribavljeni kršenjem prava odbrane okrivljenog, prava na dostojanstvo, čast i ugled okrivljenog, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, kao i dokazi izvedeni povredom odredaba krivičnog postupka. Neki načini pribavljanja i izvođenja dokaza su zakonom izričito zabranjeni, dok su neki modaliteti nezakonitog pribavljanja dokaza inkriminirani kao krivično delo. Sud je dužan da u slučaju prisustva nezakonitog dokaza, donese odluku o njegovom izdvajanju iz spisa predmeta. To je zapravo fizičko izdvajanje zapisnika iz spisa, stavljanje u posebnu zatvorenu kovrta, koja se čuva na posebnom mestu. Činjenice, sadržane u nezakonitom dokazu, se ne mogu koristiti u daljem toku postupka. Sudska presuda ne sme biti zasnovana na nezakonitim dokazima. Ako do toga dođe, to predstavlja osnov za izjavljivanje žalbe. Autor se bavi ograničenjima u utvrđivanju činjenica u krivičnom postupku, kao i dokaznim ograničenjima. Posebna pažnja je posvećena posledicama korišćenja nedopuštenih dokaza u krivičnom postupku, kao i mogućnostima njihove konvalidacije. Autor se takođe bavi primenom doktrine "plodova otrovne voćke". Ova doktrina se primenjuje samo u krivičnom postupku, a. suština je u tome da se dokaz, do koga se došlo na nezakonit način, ali i svaki dalji dokaz, izveden iz nezakonitog dokaza, ne može se koristiti kao dokaz u krivičnom postupku. U zaključku, autor analizira važeće propise i daje predloge za buduće izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

Ključne reči: činjenice, nezakoniti dokazi, dokazne zabrane, "plodovi otrovne voćke"

ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ivan Ilic

Assistant on Law faculty in Nis, Serbia

e-mail: ivan@prafak.ni.ac.rs

Abstract

Illegal evidences are those that obtained through violation of guaranteed right to defense, the right to dignity, honor and reputation of the accused, and the right to inviolability of private and family life, as the evidence obtained through violation of the criminal procedure. In the criminal procedure law certain ways of obtaining and presenting evidence are specifically prohibited. Court decision cannot be based on illegally obtained evidences. If this occurs, it is the basis for the appeal. The court has a duty when notice the presence of illegal evidence, to render a decision on their exclusion from the file. After that there will be a physical separation of the record from the file, putting in a special envelope, which shall be sealed and kept in a special place. These records cannot be examined or used in further proceedings. Some modalities of obtaining evidence are incriminated as a criminal offense. The author is dealing with limitations in establishing the facts in criminal proceedings, especially with proving limitations. Special attention was paid to the consequences of illegal evidences establishing in criminal proceedings, and the possibility of its legalization. The author also addresses issues of the "fruits of the poisonous tree." This doctrine applies only in criminal proceedings. It consists of the fact that every piece of evidence, that has been obtained illegally (poisonous tree), and any further evidence (fruit), to which arrive from the illegal evidence (poisonous fruit), cannot be used as evidence in criminal proceedings. In conclusion, author analyzes valid regulation and make proposals for the future amending of serbian CPC.

Keywords: *the facts, illegally obtained evidence, evidence prohibition, the fruits of the poisonous tree*

ČINJENIČNA OGRANIČENJA I DOKAZNE ZABRANE

Opšte je pravilo da se u krivičnom postupku utvrđuju tri vrste činjenica. Najvažnije su pravno relevantne činjenice, a osim njih se katkada utvrđuju i činjenice indicije, kao i pomoćne činjenice. Sve tri vrste činjenica utvrđuju se da bi se ostvario cilj vođenja krivičnog postupka, da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija, u zakonitom i pravičnom postupku. Neograničena mogućnost utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, iako bi u potpunosti odgovarala načelu traženja istine, dovela bi do prekomernog ograničenja prava okrivljenog. Na taj način bi bila dovedena u pitanje i procesna ravnopravnost stranaka. Stoga se, u krivičnom postupku, postavljaju ograničenja utvrđivanja činjenica, kao i pojedine dokazne zabrane.

Osim činjenica, koje se utvrđuju u krivičnom postupku, postoje činjenice za koje se, u teoriji, smatra da ih ne treba *utvrđivati*,¹ odnosno da ih u krivičnom postupku nije potrebno *dokazivati*.² Ove činjenice takođe su osnov sudske odluke, ali se smatraju utvrđenim.³ Uobičajeno se pravi razlika između očiglednih činjenica, opštepoznatih činjenica, pravnih pretpostavki, pravila iskustva i pravnih normi. Jedno od ograničenja utvrđivanja činjenica izražena je kroz princip vezanosti presude optužbom. Između krivične presude i optužbe mora postojati subjektivni i objektivni identitet. Ustanova zabrane *reformatio in peius*, u postupku po pravnim lekovima, takođe ograničava utvrđivanje činjenica, na štetu okrivljenog. Postoje neke činjenice, čije je utvrđivanje zabranjeno u krivičnom postupku. Jedna od tih zabrana propisana je u materijalnom krivičnom pravu. U članu 172. stav 5. Krivičnog zakonika zabranjeno je utvrđivanje istinitosti ili neistinitosti onoga što je izneseno ili proneseno, iz ličnog ili porodičnog života, za krivično delo iznošenje ličnih ili porodičnih prilika. Neke od činjenica ne mogu se utvrđivati, prema pravilima procesnog zakona. Reč je o isključenju od dužnosti svedočenja, za

¹ Vladimir Bajer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo (pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku)*, Zagreb, 1980, str. 28, Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo – institucije*, Zagreb, 2010, str. 386.

² Nikola Ogorelica, *Kazneno procesualno pravo : s osobitim obzirom na judikaturu Kralj. stola sedmorice i kasacionoga suda bečkoga*, Zagreb, 1899, 329, Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 277. Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 183, Čedomir Stevanović, Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo-opšti deo*, Niš, 2006, str. 244, Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo-opšti deo*, Niš, 2014, str. 266.

³ Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, 237, Miodrag Simović, Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti deo*, Bihać, 2013 str. 320.

pojedine kategorije svedoka. Odredbama Zakonika o krivičnom postupku jasno su određene činjenice, koje se ne utvrđuju. U članu 83. stav 3. ZKP-a, navedene su činjenice, koje su, po oceni suda opštepoznate, raspravljene u dovoljnoj meri, tako da ih okrivljeni priznaje, na način, koji ne zahteva dalje dokazivanje, kao i činjenice o kojima saglasnost stranaka ne protivreći drugim dokazima. Osim ograničenja i zabrana utvrđivanja pojedinih činjenica u krivičnom postupku, postoje i tzv. dokazne zabrane. Dokazi su činjenice, proizašle iz dokaznog sredstva, kojima se u krivičnom postupku utvrđuje postojanje pravno relevantnih činjenica. Za razliku od činjeničnih ograničenja i zabrana, kod dokaznih zabrana je akcenat na formi izvođenja procesnih radnji. Činjenice, koje su sadržane u tim dokazima inače je dozvoljeno utvrđivati u krivičnom postupku, ali je način njihovog utvrđivanja nedopusšten. Stoga se u teoriji pravi jasna razlika između činjeničnih ograničenja i dokaznih zabrana, odnosno nezakonitih dokaza.

POJAM I VRSTE NEZAKONITIH DOKAZA

Utvrđivanje istine, iako jedan od najvažnijih ciljeva krivičnog postupka, ne sme biti neograničeno. Na drugoj strani stoji zahtev za zaštitom osnovnih prava i sloboda okrivljenog. Između dva suprotstavljena zahteva zapravo je reč o sukobu javnog i privatnog interesa. Javni interes nalaže da se u krivičnom postupku dođe do istine, s ciljem da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija. Nasuprot tome, privatni interes, najčešće okrivljenog, zahteva limitiranje načina dolaženja do istine, onda kada dođe do potencijalne primene *ius puniendi* prema njemu. Osim što krivični postupak teži ka utvrđivanju istine o krivičnoj stvari, on mora istovremeno biti pravičan.⁴ Ovlašćenja organa vođenja krivičnog postupka, prilikom rasvetljenja i rešenja krivične stvari, ograničena su zahtevom za legitimnim postupanjem. Postulati pravne države nalažu samoograničenje organa vođenja krivičnog postupka, prilikom preduzimanja procesnih radnji. Forma izvođenja procesnih radnji, takođe, obavezuje procesne subjekte na njihovo zakonito izvođenje. Dokazi, putem kojih se dolazi do pravno relevantnih, i drugih važnih činjenica, moraju se izvoditi isključivo iz dokaznih sredstava, propisanih zakonom, i na zakonom propisani način. Nasuprot tome, nezakoniti su dokazi, koji su dobijeni iz zakonom predviđenih dokaznih sredstava, ali na nezakonit način.⁵ Neki autori govore o *nedozvoljenom* dokaznom sredstvu, koje je protivno pravnom poretku, načelima postupka, zakonskoj odredbi

⁴ H. Walder, *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Kriminalistik, Hamburg, 1965, str. 147, navedeno prema: Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2014, str. 187.

⁵ Čedomir Stevanović, Vojislav Đurđić, op. cit, str. 231.

ili društvenom moralu⁶ Imajući u vidu da se dokazi izvode iz dokaznih sredstava, preduzivanjem procesnih radnji, svaki dokaz, kao rezultat nezakonite radnje, ili upotrebe nezakonitog dokaznog sredstva, biće nezakonit. Stoga smatramo da je prihvatljivo korišćenje pojma „nezakonit dokaz“,⁷ kao genusni pojam. Dokazne zabrane, zapravo, predstavljaju prepreku utvrđivanju činjenica, pre svega onih, na kojima se zasniva optužba,⁸ u krivičnom postupku.

Dokazne zabrane se mogu podeliti u dve grupe.⁹ U jednu se svrstavaju zabrane da se konkretna činjenica utvrdi nekim drugim dokazom, osim propisanim. Ove zabrane vode poreklo iz teorije o zakonskoj vrednosti dokaza, tj. iz njene negativne varijante. Danas postoje samo neznatni recidivi ove koncepcije, u vidu dokaznih ograničenja za utvrđivanje telesnih povreda, sumnjive smrti i neuračunljivosti. Ove činjenice se mogu utvrditi jedino iz nalaza i mišljenja veštaka, odgovarajuće struke. U drugu grupu spadaju zabrane utvrđivanja činjenica na nepropisan način. Ovde je, zapravo reč, o nezakonitom načinu preduzimanja procesnih radnji. Na taj način se nastoji osigurati poštovanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, pre svega okrivljenog, ali i drugih procesnih subjekata. U načelu, sve dokazne zabrane se svode na zaštitu osnovnih sloboda i prava učesnika u postupku, kao i poštovanja prava okrivljenog na odbranu.

Nezakoniti dokazi se, prema dejstvu, kogu podeliti na apsolutne i relativne.¹⁰ Dokazne zabrane apsolutnog karaktera su svi varijeteti nedopuštenog uticaja na volju okrivljenog, ili drugog učesnika u postupku, s ciljem dobijanja priznanja ili iskaza. Tu spadaju primena torture, sile, pretnje, kao i upotreba medicinskih sredstava, hipnoze,¹¹ lobotomije i narkoanalize. Relativne dokazne zabrane postoje kada je u toku izvođenja pojedinih procesnih radnji došlo do propusta, koji te radnje čine nezakonitim. Primera radi, ako je okrivljeni saslušan bez prisustva branioca, u

⁶ Momčilo Grubač, op. cit., str. 209.

⁷ Davor Krapac, op. cit, str. 419.

⁸ Pristup na kome insistira Damaška (Mirjan Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Penn. L. Rev., 1973., pp. 508-509).

⁹ Ibidem.

¹⁰ Milan Škulić, op. cit, str. 187-188.

¹¹ Za primenu hipnoze je dubiozno, da li se može primeniti s ciljem da se kod okrivljenog otkloni ranije primenjena hipnoza, da bi izvršio krivično delo u takvom stanju (Vladimir Vodinelić, Sugestija i hipnoza sa stajališta krivičnog prava i postupka, Naša zakonitost br. 1/1984, str. 60-61).

slučaju obavezne odbrane, ili ako je pretres stana obavljen bez prisustva tzv. sudskih svedoka, a ne postoje uslovi za odstupanje od te obaveze.

UPOREDNOPRAVNO POSMATRANJE

Između dva velika tipa savremenog krivičnog postupka, kontinentalno-evropskog i anglosaksonskog, postoje razlike po pitanju dokaznih zabrana. Ta različitost se, najpre, manifestuje u učestalosti odlučivanja o dopuštenosti dokaza u praksi sudova. Dok je u kontinentalnom tipu postupka to veoma retko, mnogo češće je u adverzijalnom tipu postupka. Takođe se razlikuje faza postupka, u kojoj se odlučuje o ekskluziji. U adverzijalnom krivičnom postupku se o izdvajanju nezakonitih dokaza odlučuje dok ne dođe do suđenja, u pravom smislu te reči. Razlog je jednostavan; na taj način se sprečava da se porota, sastavljena od laika, kontaminira činjenicama, koje su sadržane u tim dokazima.¹² Nasuprot tome, u većini krivičnih postupaka kontinentalnog tipa se ekskluzija može učiniti i na glavnom pretresu. Takvo rešenje, međutim, otvara pitanje uticaja na svest sudije, bez obzira na fizičko izdvajanje zapisnika, koji sadrži nezakonit dokaz iz spisa predmeta, kao i potencijalna mogućnost da na takvom dokazu (posredno) bude zasnovana sudska odluka.

Po pitanju ekskluzijskog pravila, postoji nesaglasje, nezavisno od tipa postupka, od države do države. U krivičnom postupku SAD postoji apsolutna ekskluzija nezakonitih dokaza. Na nezakonitom dokazu, ni u kom slučaju se ne može zasnovati sudska odluka. To važi za neposredne nezakonite dokaze, kao i za zakonite dokaze, dobijene iz nezakonitih dokaza (doktrina plodova otrovne voćke).¹³ Nasuprot tome, posredno nezakoniti dokazi mogu se koristiti u Engleskoj i Nemačkoj.¹⁴ U Engleskom krivičnom postupku se pitanje nezakonitosti pojedinog dokaza procenjuje sagledavanjem pravičnosti postupka. Pravni osnov za takvo postupanje se nalazi u članu 78. Police and Criminal Evidence Act-a iz 1984. godine.

¹² Navedeno važi za redovnu formu krivičnog postupka, dok primera radi, u Engleskoj u sumarnom postupku o tome odlučuje Magistrat, koji je nadležan za presuđenje. Ukoliko dođe do ekskluzije nezakonitog dokaza, Magistrat izdvaja nezakonit dokaz iz spisa predmeta i na njemu se ne može zasnivati sudska odluka (Davor Krapac, Engleski kazneni postupak, Zagreb, 1995, str. 85.).

¹³ U poznatom slučaju *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), Vrhovni sud je proglasio nedopuštenim priznanje okrivljenog dato policiji, u odsustvu branioca, primenjujući test "uprljanosti" dokaza, koji derivira iz primarnog nezakonitog dokaza.

¹⁴ Saša Knežević, Osnovna načela krivičnog procesnog prava, Niš, 2012, str. 109.

U toj odredbi je sadržano ovlašćenje za sud za odbije prihvatanje dokaza, ako bi na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja, uključujući način pribavljanja dokaza, prihvatanje tog dokaza imalo uticaja na pravičnost postupka. Preciznije, o dopuštenosti nekog dokaza se odlučuje primenom dva kriterijuma: da li njegovo izvođenje oduzima nepotreban gubitak vremena i da li će potencijalno postojati „teškoće“ tokom izvođenja tog dokaza. Ako potencijalna šteta preteže nad dokaznim značajem, takvi dokazi se proglašavaju nedopuštenim. Iz prakse sudova iskristalizovale su se četiri kategorije nezakonitih dokaza. Postoji, najpre, zabrana korišćenja svedoka po čuvenju (*hearsay*). Osim toga, zabranjeno je korišćenje iskaza okrivljenog, dobijenog nezakonitim metodama. Do ekskluzije dokaza može doći usled zaštite privatnih interesa učesnika u postupku, kao i ako čine postupak nepravičnim.¹⁵ U krivičnom postupku SAD postoje dve vrste nezakonitih dokaza. U jednu spada kršenje prava odbrane ili primena bilo koje vrste sile tokom ispitivanja okrivljenog. U drugu grupu ubrajaju se dokazi, do kojih se došlo nezakonitim pretresom ili oduzimanjem predmeta (*search and seizure*). Ekskluzijsko pravilo ima trojaku funkciju. Najpre, njime se štiti ustavom garantovano pravo na privatnost iz IV Amandmana na Ustav SAD. Osim toga, ono služi kao garancija integriteta pravosuđa, i najzad služi kao ograničenje za policiju, prilikom preduzimanja heurističke delatnosti.¹⁶

Zabrana izvođenja nezakonitih dokaza se, ponegde, inkorporira u ustavna načela. U članu 29. stav 4. Ustava Republike Hrvatske propisano je da se dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu koristiti u krivičnom postupku. U Ustavu Srbije nema takve odredbe, već su dokazne zabrane regulisane u procesnom zakonu. U Zakonu o krivičnom postupku Nemačke, u članu 244. stav 3. stipulirana je opšta odredba prema kojoj će zahtev za izvođenje dokaza biti odbijen, ako je pribavljen na nedopušten način. Opšta odredba o nezakonitosti dokaza zahteva dodatno tumačenje sudske prakse. Najdalje su u tom pogledu otišli nemački sudovi, posebno Savezni Vrhovni Sud, koji je uspostavio kriterijume za ocenu zakonitosti konkretnog dokaza. Procena se vrši vaganjem između zaštite osnovnih prava građana i prava države na kažnjavanje, odnosno sa zahtevom utvrđivanja istine. Primena doktrine proporcionalnosti podrazumeva vaganje između privatnog interesa okrivljenog i značaja samog dokaza, kao i težine krivičnog dela.¹⁷ Zapravo se ocenjuje uticaj

¹⁵ Davor Krapac, op. cit, str. 85.

¹⁶ Brian Beller, Comparative study of exclusion of evidence on the grounds of the means by which it was obtained, Case Western Reserve University, School of Law, 2003, str. 23.

¹⁷ Craig Bradley, The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, nr. 1-1-1983, str. 1034.

potencijalno nezakonitog dokaza na pravičnost postupka. Pritom se pravi razlika između derogabilnih i nederogabilnih prava. Ocena uticaja nezakonitih dokaza vrši se primenom dva ustavna principa. Takozvani *Rechtsstaatsprinzip* zabranjuje upotrebu policijsku brutalnost i obmanu, prilikom pretresanja i ispitivanja. Ustavni princip *Verhältnismässigkeit* predviđa proporcionalnost između primenjenih mera i težine krivičnog dela, stepena sumnje i ustavnih interesa, u konkretnom slučaju. Ako se cilj može ostvariti primenom blaže mere, onda se ne može posezati za težom merom. Nemački sud je uspostavio preimućstvo u korist okrivljenog, u slučaju pretresanja stana i oduzimanja predmeta, kao i kada je reč o komunikaciji okrivljenog i trećih lica, koji spadaju u sferu privatnosti. Jedino ako ne postoji veza između razgovora pojedinca i privatne unutrašnje sfere, opservacija komunikacije okrivljenog ne utiče na povredu prava na dostojanstvo.¹⁸

Između ekskluzijskih pravila u Nemačkoj i u SAD postoji jedna krupna razlika, koja se ogleda u ciljevima. U SAD pravila o izuzimanju nezakonitih dokaza, između ostalog, imaju za cilj prevenciju od budućeg sličnog postupanja državnih organa. U Nemačkoj taj cilj nije naglašen. Distinkcija ima praktične implikacije. Primera radi, ako se u Nemačkoj utvrdi da je policija izvršila pretres stana bez prethodnog izdavanja naredbe, dokazi pribavljeni kao rezultat te radnje neće automatski biti izuzeti, već će se procenjivati zaštita ljudskih prava okrivljenog i interes efikasnog sprovođenja zakona.¹⁹

U Francuskoj se ocenjuje uticaj na prava stranaka, vagajući između interesa postupka i poštovanja zabrane upotrebe nezakonitih dokaza. Pitanje dopuštenosti dokaza rešava se primenom koncepta ništavosti. Zakonska ništavost se primenjuje uvek kada je u zakonu *explicite* propisana ekskluzija dokaza, usled kršenja pravila vođenja postupka. Suštinska ništavost postoji u svim drugim situacijama, kada organi vođenja postupka prekrše supstancijalne odredbe procesnog zakona. U tom slučaju okrivljeni mora dokazati da je nastala stvarna šteta, osim ako je usled nezakonite radnje u postupku nastupila šteta po javni interes. Francuska pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza se u teoriji kritikuju jer imaju za cilj otklanjanje posledica, a ne njihovo sprečavanje. Umesto da nezakonito postupanje organa vođenja krivičnog postupka bude sankcionisano izuzivanjem nezakonitog dokaza, naglasak je stavljen na disciplinsku, građansku, katkada i krivičnu odgovornost policije i javnog tužioca, za nezakonito postupanje.²⁰

¹⁸ Federal Constitutional Court, Germany, 1 BvR 2378/98 (2004).

¹⁹ Craig Bradley, op. cit, str.1035.

²⁰ Brian Beller, op. cit, str. 36.

U teoriji se postavilo pitanje opravdanosti apsolutne ekskluzije nezakonitih dokaza, u slučaju da činjenice, sadržane u tim dokazima mogu koristiti okrivljenom, ako postoji njegov pristanak da te činjenice budu predmet utvrđivanja.²¹ Prema članu 136a. stav 3. Zakonika o krivičnom postupku Nemačke, iskaz okrivljenog, dobijen nedopuštenim uticajem na njegovu slobodnu volju, ne može se koristiti kao dokaz u postupku, čak i u slučaju pristanka okrivljenog. To važi i za ostale dokazne zabrane. U dokazima, pribavljenim na nezakonit način, mogu biti sadržane činjenice, koje idu u prilog odbrani. Međutim, s obzirom na postojanje dokaznih zabrane, te činjenice ne mogu biti predmet utvrđivanja, iako bi odbrana okrivljenog na taj način bila efikasnija. Ovaj pristup daje prednost načelu utvrđivanja istine, nad zaštitnim formama, ali u jednom ograničenom vidu, i u krajnje opravdanim slučajevima. Prihvatljivost navedenog shvatanja korespondira sa poznatim procesnim instrumentima, poznatih pod nazivom *favor defensionis*.

Jedno od spornih pitanja u vezi sa upotrebom nezakonitih dokaza proizlazi iz distinkcije i prirode civilnog i krivičnog postupka. Naime, u civilnom postupku ponekad postoji dužnost davanja iskaza o predmetu spora. Takav je slučaj primera radi sa stečajnim postupkom, kada dužnik ima obavezu saradnje sa poveriocima. Sa druge strane, u krivičnom postupku za krivično delo prouzrokovanje stečaja ima pravo da se brani ćutanjem. Narušavanje tog prava okrivljenog dovelo bi do nezakonitog dokaza. Konflikt između pravila vođenja civilnog i krivičnog postupka rešava se zabranom korišćenja iskaza dužnika iz stečajnog postupka, kao dokaza u krivičnom postupku.²²

Uticaj nezakonitog dokaza na donošenje sudske odluke bio je predmet ispitivanja Evropskog suda za ljudska prava. Najčešće je reč o pravu na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije, prava na delotvorni pravni lek iz člana 13, ali i supstancijalnih prava, kao što su zabrana mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja, iz člana 3, kao i prava na poštovanje privatnog i orodičnog života, iz člana 8. Konvencije.²³ Sud, načelno uzev, prepušta nacionalnim sudovima ocenu zakonitosti dokaza. Međutim, Sud ispituje uticaj nezakonitog dokaza na pravičnost

²¹ Klaus Volk, The Principles of Criminal Procedure and post-modern Society: contradictions and perspectives, pp. 10-12, dostupno na: <http://www.isrcl.org/Papers/Volk.pdf>, pristup: 7.10.2015. godine.

²² Ibidem.

²³ Više o tome: Davor Krapac, Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3/2010, str. 1207-1240.

postupka, u celini, sa posebnim osvrtom na način pribavljanja dokaza.²⁴ Stav Suda je da nezakonit dokaz ne mora automatski dovesti u pitanje pravičnost postupka u celini, već se to ceni od slučaja do slučaja.²⁵

PROCESNOPRAVNA REGULATIVA NEZAKONITIH DOKAZA

U Zakoniku o krivičnom postupku²⁶ nije određen pojam nezakonitog dokaza, ali je u članu 16. stav 1. propisano da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima, koji su neposredno ili posredno, sami po sebi, ili po načinu pribavljanja, suprotni Ustavu, zakonu, opšteprivhaćenim pravilima međunarodnog prava, kao i međunarodnim ugovorima.²⁷ Apsolutna ekskluzija nezakonitih dokaza jedino ne važi u postupku, koji se vodi povodom njihovog pribavljanja. U opštim odredbama ZKP-a je posebno istaknuta zabrana mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, primena sile, pretnje, prinude, obmane, medicinskih sredstava i zahvata. To su nedozvoljeni načini uticaja na slobodu volje učesnika u postupku, kojima se iznuđuje priznanje, izjava ili preduzimanje radnje, koja ide na štetu okrivljenog ili drugih učesnika u postupku. Bezuslovna zabrana primene medicinskih sredstava, narkoanalize i lobotomije predstavlja tekovinu savremenog krivičnog postupka, koja se posebno ističe u delu zakona, gde je propisana zakonitost utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku.

Odredbom iz člana 16. ZKP-a, obuhvaćeni su dokazi, koji su po svojoj sadržini („sami po sebi“) nezakoniti. Osim toga, nazakonitim se smatraju i dokazi, pribavljeni na način, suprotan zakonu. Ovde je reč o preduzimanju procesnih radnji, propisanih u zakonu, ali na nezakonit način. Primera radi, saslušanje okrivljenog je propisana procesna radnja, ali ako se sprovede uz primenu torture, iskaz okrivljenog, kao rezultat sprovedene radnje, je nezakonit. Novina, u odnosu na ranije važeću regulativu, predstavlja zabrana uvođenja u dokaznu građu posredno nezakonitih dokaza. Neposredno nezakonitim se smatraju dokazi po sopstvenoj sadržini, ili po načinu pribavljanja. Posredno nezakoniti su dokazi, proizašli iz neposredno nezakonitih. Iz predmetne zakonske odredbe može se naslutiti intencija zakonodavca da istakne primenu doktrine „plodova otrovne voćke“. Suština ove doktrine, koja se

²⁴ P.G. and J.H. v. the United Kingdom, (Appl. No 44787/98), judgment of 25 September 2001.

²⁵ Khan v. the United Kingdom (Appl. No 35394/97), judgement of 12 May 2000.

²⁶ "Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

²⁷ Davor Krapac, op. cit, str. 423-425.

primenjuje u krivičnom postupku, je da se dokaz, koji je pribavljen nezakonito (otrovna voćka), ali i dokaz, koji se izvodi iz nezakonito pribavljenog dokaza (plod), ne može koristiti za donošenje sudske odluke. Taj drugi dokaz bi inače bio zakonit, ali ga kontaminira što je nastao na osnovu nezakonito izvedenog dokaza. Stoga se nezakonitim smatraju izvorni dokaz, kao i derivativni dokaz, izveden iz nezakonitog izvornog dokaza.²⁸ Usled nepostojanja eksplicitne zakonske odredbe, u ranije važećem procesnom kodeksu Srbije, kojom se nezakonitim dokazima smatraju i posredno izvedeni dokazi, iz primarno nezakonitih, sudska praksa nije imala jedinstven stav po ovom pitanju.²⁹ Iako većinski na stanovištu da važi doktrina „plodova otrovne voćke“, u sudskoj praksi su se mogli naći i suprotni stavovi. Pri tome, sudovi ekskluziju posredno nezakonitih dokaza ne argumentuju ovom teorijom, već obrazloženjem da je reč o dokazima pribavljenim na nezakonit način.³⁰ Iz pomenutih razloga se uvođenje ove doktrine u ZKP može smatrati iskorakom, koji će dovesti do ujednačavanja sudske prakse. Ipak, zakonska odredba je mogla biti preciznija, kako ne bi dopuštala različita tumačenja. Primera radi, u članu 10. stav 2. tačka 4. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske,³¹ izričito je propisano da se nezakonitim dokazima smatraju dokazi, pribavljeni iz nezakonitih dokaza. Na ovaj način, hrvatski zakonodavac je, na nedvosmislen način, iskazao nameru primene doktrine „plodova otrovne voćke“.

Osim u opštim odredbama ZKP-a, nezakonitošću dokaza posvećene su brojne odredbe o pojedinim radnjama dokazivanja. U članu 85. propisana su pravila o saslušanju okrivljenog, s ciljem ostvarivanja prava na odbranu. Nepoštovanje tih pravila dovodi do nezakonitosti dokaza. Sudska odluka se ne može zasnivati na iskazu svedoka, isključnog od dužnosti svedočenja, odnosno oslobođenog od dužnosti svedočenja. Od ovog pravila moguć je izuzetak, ako postoji predlog okrivljenog ili branioca. U tom slučaju sud može ispitati svedoka, oslobođenog dužnosti svedočenja. Ako je veštak lice, koje je oslobođeno dužnosti svedočenja, ili je zaposleno kod okrivljenog, oštećenog, ili nekog drugog poslodavca, zajedno sa oštećenim i okrivljenim, na njegovom iskazu se, takođe, ne može zasnivati sudska odluka (član 116. stav 1. i 2. ZKP).

²⁸ Više o tome: Bojan Obradović, Ivan Župan, „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1/2011, str. 1143-142.

²⁹ Više o tome: Snežana Brkić, Upotreba nezakonitih dokaza u krivičnom postupku Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2011, str. 183-214.

³⁰ VSS Kž. I 1964/2004 od 29.12.2004; VSS Kž. 264/2004. od 25.03.2004; VSS Kž. I 2064/2005 od 21.12.2005, preuzeto iz: Snežana Brkić, op. cit, str. 197.

³¹ Narodne novine 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

Rezultat preduzetih radnji policije na prikupljanju obaveštenja od građana, tokom predistražnog postupka, ne mogu biti osnov sudske odluke. Iako ZKP izričito ne predviđa da se ovlašćena službena lica policije ne smeju saslušavati o sadržini tzv. informativnog razgovora, jasno je da bi takav dokaz bio posredno nezakonit, što bi potpadalo pod opštu odredbu o zabranjenim dokazima, iz člana 16. ZKP-a.³² Brojnim odredbama procesnog zakona, predviđen je način izvođenja radnji predistražnog i krivičnog postupka. Svako postupanje procesnih subjekata, prilikom sprovođenja ovih radnji, na način suprotan od propisanog, dovodi do nezakonitog dokaza. To su, primera radi, pravila o saslušanju osumnjičenog, svedoka i veštaka u istrazi (član 300.), zatim odredbe o preduzimanju radnji, kojima se ograničava pravo na privatnost, pretresanjem stana i lica (članovi 152-160.), kao i pravila o tajnom nadzoru komunikacije, tajnom praćenju i snimanju, simulovanim poslovima, nadzoru nad sumnjivim transakcijama i prikivenom isledniku.

IZDVAJANJE NEZAKONITIH DOKAZA I ŽALBENI OSNOV

Prema načinu izdvajanja nezakonitih dokaza iz spisa predmeta, razlikujemo dve vrste, apsolutno i relativno izdvajanje. Ako je propisano da određeni način pribavljanja dokaza automatski dovodi do njegove nedopuštenosti, reč je o apsolutnom izdvajanju. Ako se, pak o ekskluziji dokaza odlučuje s obzirom na težinu krivičnog dela, postupanje u dobroj veri policijskih službenika, reč je o relativnom (diskrecionom) izdvajanju.³³ Apsolutna ekskluzija je propisana u SAD, dok većina evropskih država (Nemačka, Austirija, Francuska), uključujući i Englesku, predviđa relativno izdvajanje. Pod uticajem sudske prakse u SAD,³⁴ nastali su brojni izuzeci od pravila apsolutne ekskluzije, tako da se ni za taj sistem ne može reći da u potpunosti pripada apsolutnom konceptu.

Zabrana upotrebe nezakonitih dokaza je, po prvi put, izričito propisana u ZKP-u iz 1976. godine. Do tada se pitanje nedopuštenosti dokaza rešavalo prilikom

³² Biljana Sinanović, Nedozvoljeni dokazi u krivičnom postupku, Bilten Vrhovnog Kasacionog suda, br. 2/2012, str. 79.

³³ Željko Karas, Miroslav Jukić, Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2009, str. 605-606.

³⁴ Korišćenje nezakonitih dokaza u krivičnom postupku za krivična dela korupcije, organizovani kriminal, zatim pravilo da se nezakonit dokaz ne može koristiti samo prema okrivljenom, a ne i saučesnicima itd. (Navedeno prema: Željko Karas, Miroslav Jukić, op. cit, str. 614).

ocene dokaza. Prema članu 237 važećeg ZKP-a, izdvajanje nezakonitih dokaza, tokom istrage i po njenom okončanju vrši sudija za prethodni postupak. U postupku sudske kontrole optužbe, nezakonite dokaze izdvaja iz spisa vanpretresno veće (član 337. ZKP-a). S obzirom da je cilj izdvajanja nezakonitih dokaza da ne utiču na donošenje sudske odluke, od suštinske je važnosti uloga sudije za prethodni postupak i vanpretresnog veća, jer se blagovremenim eliminisanjem takvih dokaza iz spisa predmeta sprečava „kontaminiranje“ članova sudećeg veća. U fazi pripremanja glavnog pretresa, o izdvajanju nezakonitih dokaza odlučuje predsednik veća, a na glavnom pretresu sudeće veće. Do izdvajanja nezakonitih dokaza može doći i u postupku po žalbi. Sudija izvestilac je ovlašćen da izdvoji iz spisa predmeta dokaze, koji se ne mogu koristiti u sudskom postupku, ili na kojima se ne može zasnivati sudska odluka (član. 445. stav 3 ZKP-a). Reč je, međutim, o nezakonitim dokazima, koje je ovlašćen da izdvoji samo sudija za prethodni postupak, tokom, ili po okončanju istrage.

Za razliku od prethodno važećeg procesnog zakona, novi ZKP svrstava presudu, zasnovanu na nezakonitim dokazima, u relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka, koje se ispituju samo na predlog stranaka. Ranije je ovo bila apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka, koju je sud pravnog leka ispitivao po službenoj dužnosti. Na ovaj način je teret dokazivanja štetnosti presude, zasnovane na nezakonitom dokazu prebačen na stranke, što smatramo neopravdanim, budući da je sud dužan da se stara o zakonitosti sprovođenja postupka. Osim toga, ova bitna povreda odredaba krivičnog postupka dodatno je relativizovana izuzetkom, da ne postoji, ukoliko bi s obzirom na druge izvedene dokaze bila donesena ista vrsta presude. Iz navedene odredbe nije teško izvući zaključak, da je moguća posredna konvalidacija nezakonitih dokaza. Prema dikciji zakonske odredbe, nezakonit dokaz ne kontaminira presudu, ako ne utiče na vrstu donesene presude, u prvostepenom postupku. Ovakvo normiranje je potencijalna opasnost za opstajanje nezakonito izvedenih dokaza. Osim toga, šalje se loša poruka organima vođenja postupka da sankcija za nezakonito izvedene dokaze može i izostati, a stranke u postupku (naročito okrivljeni), su u inferiornom položaju u pogledu mogućnosti da uspeju sa izjavljenom žalbom. Za drugostepene sudove je veoma teško da uspostave jasne kriterijume, putem kojih bi ocenili uticaj nezakonito izvedenog dokaza, na izrečenu presudu. Ovakva odredba nije u skladu ni sa tradicijom našeg krivičnog postupka, već je primerenija kazuističkom suđenju. Najzad, dubiozno je, kako će drugostepeni sud oceniti u kojoj meri je sudeće veće bilo pod uticajem nezakonitog dokaza, prilikom donošenja prvostepene presude, čak i da utvrdi da taj dokaz ne utiče na vrstu donesene presude.

Iz navedenih razloga logički se nameće zaključak, da bi se, prilikom odlučivanja, u sudskoj praksi, pretežno trebalo oslanjati na pravilo, ustanovljeno u

članu 438. stav 2. Kad god postoji nezakoniti dokaz u prvostepenoj presudi, treba utvrditi postojanje bitne povrede odredaba krivičnog postupka, a izuzetak od tog pravila treba usko tumačiti i primenjivati veoma obazrivo. Jedino na taj način se može uspostaviti vladavina prava i pravičan postupak, uz očuvanje osnovnih prava, pre svega okrivljenog. Nasuprot srpskom ZKP-u, hrvatski zakonodavac se, u odnosu na ranije važeći zakon, odlučio da izostavi relativizaciju žalbenog osnova, koji se sastoji u donošenju presude, zasnovane na nezakonitom dokazu (član 468. stav 2. hrvatskog ZKP-a). Na taj način je drugostepenom sudu naloženo da, ako utvrdi postojanje ove bitne povrede odredaba postupka, presudu ukine i predmet vrati na ponovno suđenje pred prvostepenim sudom. Osim toga, za razliku od srpskog zakona, u hrvatskom krivičnom postupku, zasnovanost presude na nezakonitom dokazu predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, koju drugostepeni sud ispituje *ex officio*.

Presuda zasnovana na nezakonitim dokazima može se pobijati i u postupku po vanrednim pravnim lekovima. Naime, prema članu 485. stav 2. ZKP-a, jedan od osnova za izjavljivanje zahteva za zaštitu zakonitosti je povreda zakona, pod kojom se podrazumeva da je u postupku, ili u pravnosnažnoj sudskoj odluci, došlo do povrede odredaba krivičnog postupka. To znači da se zahtevom za zaštitu zakonitosti može pobijati pravnosnažna presuda, zasnovana na nezakonitim dokazima. Štaviše, okrivljenom je dato pravo na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, između ostalog, usled bitne povrede odredaba krivičnog postupka donošenjem presude na osnovu nezakonitog dokaza, u roku od 30 dana, od dana dostavljanja pravnosnažne presude. Potrebno je, da je okrivljeni prethodno izjavio redovni pravni lek. Ovo pravo okrivljeni može iskoristiti isključivo preko branioca (član 483. stav 3. ZKP).

ZAKLJUČAK

Utvrđivanje odlučnih, kao i drugih važnih činjenica, za donošenje sudske odluke u krivičnom postupku, čini esenciju vođenja krivičnog postupka. Ta delatnost nesumnjivo mora imati svoja organičenja, kako zbog ekonomičnosti i razumnog trajanja postupka, tako i zbog zaštite osnovnih prava okrivljenog. Trijaža činjenica je, najpre, determinisana samom krivičnom stvari. Sud će se, u najvećoj meri, kretati u okvirima obeležja konkretnog krivičnog dela, kao i utvrđivanjem činjenica, potrebnih za odlučivanje o akcesornim predmetima krivičnog postupka (prethodna pitanja, imovinskopравни zahtev, troškovi postupka). Utvrđivanje nekih činjenica nije neophodno, budući da su notorne, poznate širem krugu ljudi na određenom prostoru, ili je reč o pravilima iskustva, pravnim normama i presumpcijama. Osim toga, postoje i zakonske brane utvrđivanju pojedinih činjenica, pre svega, s ciljem

zaštite okrivljenog, u prvostepenom postupku i u postupku po pravnim lekovima. Eksplicitno uvođenje doktrine plodova otrovne voćke u krivični postupak svakako ide u prilog zaštiti ljudskih prava. Ne treba, međutim, gubiti iz vida zahtev za pravnom normom sa kvalitetom *lex certa*, koji je neophodan preduslov za jednobrazno tumačenje i primenu u sudskoj praksi. Prebacivanje tereta dokazivanja, da je presuda zasnovana na nezakonitom dokazu na stranke, je konceptijski nedosledno. Kreiranjem stranačkog postupka, staranje o zakonitosti vođenja postupka naglašeno pripada sudu. Svrstavanje zasovanosti presude na nezakonitom dokazu u relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka, sud se oslobađa dužnosti vođenja računa o zakonitosti postupka. Dodatno, relativizacija ovog žalbenog osnova, stvara dodatne poteškoće za sud pravnog leka, prilikom ocene uticaja nezakonitog dokaza na presudu, u okviru celokupne dokazne podloge. Osim toga, navedena odredba otvara mogućnost za neusaglašenost sudske prakse, što dovodi u pitanje pricip pravne jednakosti i jednakih mogućnosti.

ВОВЕДУВАЊЕТО НА ПОРОТА ВО КАЗНЕНОТО ЗАКОНОДАВСТВО НА РМ - ПОСЛЕДЕН ЧЕКОР ВО ЗАОКРУЖУВАЊЕ НА АКУЗАТОРНИОТ ПРОЦЕСЕН СИСТЕМ

Нада Донева

Кандидат на Школата за докторски студии, Правен факултет „Јустинијан
Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Скопје; Секретар – Правник,
Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип, Македонија

e-mail: nada.doneva@ugd.edu.mk

Елена Максимова

Кандидат на Школата за докторски студии, Правен факултет „Јустинијан
Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Скопје; Помлад асистент,
Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип, Македонија

e-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Апстракт

И покрај двегодишната имплементација на одредбите од Законот за кривична постапка на РМ од 2010 година, кој, задирајќи во основниот облик на казнената постапка, претстави новоконципиран систем на казнено - процесно право, останува отворено прашањето за потребата од воведување на порота во македонскиот правосуден систем. Дали е можно остварување на поефикасна казнена правда и правична и контрадикторна расправа во правосуден систем кој ги пресликува искуствата на англосаксонските системи и се остварува единствено како комбинација од нивните позитивни искуства со одредени недостатоци во целосната слика на сложувалката?! Дали воведувањето на порота како елемент кој недостасува во процесот на заокружување на акузаторниот процесен систем, може да се идентификува како суштински чекор кон унапредување на правата на странките и јакнење на независноста на судот?! Низ елаборирање на издвоените прашања, во трудот ќе ја прикажеме зрелоста на условите и подготвеноста на процесните странки за остварување на основните цели на реформата на казнено - процесното законодавство, преку потребата од соодветни дополнувања и измени во насока на целосно конципирање на правосудниот систем, нивелирање на арбитрерноста на судот и јакнење на правната сигурност и довербата на граѓаните во правниот систем на државата. Истражувајќи со помош на социолошкиот, компаративниот и case

study методот, ќе заклучиме дали иницијативите за воведување на порота во македонскиот казнено - правен систем, чии одлуки за вината на обвинетиот ќе бидат мериторни во однос на примената на правото од страна на судијата, се преамбициозни или се во сооднос со примената на процесните институти (вкрстено испрашување) кои ги вовеле новиот ЗКП, а со цел целосна конструкција на главната расправа, односно казнената постапка воопшто.

Клучни зборови: *порота, акузаторна казнена постапка, казнено - правен систем, англосаксонски систем.*

THE IMPLEMENTATION OF JURY IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF REPUBLIC OF MACEDONIA - FINAL STEP IN ROUNDING OFF THE ACCUSATORY SYSTEM

Abstract

Despite the two - year implementation of the Criminal Procedure Code of Republic of Macedonia since 2010, which getting into the basic form of the criminal procedure, introduced a new concept of criminal - procedural law system, the question for the need of implementation of jury in the Macedonian judicial system, is still open. Is it possible to realize an effective criminal justice and fair and adversarial hearing in a justice system that reflects the experiences of Anglo - Saxon systems and is accomplished only as a combination of their positive experiences with certain deficiencies in the overall picture of the puzzle?! Does the implementation of a jury as a missing element in the process of completing the accusatory system, can be identified as an essential step towards improving the rights of the parties and strengthening the independence of the court?! Through elaboration of the allocated questions, the paper will show the maturity of conditions and the readiness of procedural parties to achieve the core objectives of the reform on the criminal - procedural legislation, through the appropriate amendments towards complete conceptualization of the judicial system, leveling arbitrariness of the court and strengthening legal certainty and confidence of citizens in the legal system of the country. Using the sociological, comparative and case study method, we will conclude if the initiatives for implementation of the jury in the Macedonian criminal - legal system whose decisions about the guilt of the accused would be

merits for application of the law by the judge, are too ambitious or in relation with the application of procedural institutes (cross - examination) introduced with the new Criminal Procedure Code, are in order to complete the construction of the main hearing and the criminal procedure in general.

Keywords: *jury, accusatory criminal procedure, criminal - legal system, Anglo - Saxon system.*

ВОВЕД

Правото на правично судење се однесува на спроведувањето на правдата и во граѓански и во кривичен контекст. Принципот на правично судење поткрепува цела низа индивидуални права со кои се осигурува правилното спроведување на правдата од моментот на сомневање до извршувањето на пресудата. Основен елемент на еден функционален систем на владеење на правото, е улогата на независните и непристрасни судови во правниот систем. Независноста на судиите е еден од столбовите за независно судство. Нормите за правично судење не бараат никаква специфична структура на судиите, коишто може да се состојат само од професионални судии, комбинирани совети од професионални судии и судии поротници или други слични комбинации. Ниту еден меѓународен инструмент за човекови права не бара судење со порота. Меѓутоа, онаму каде што земјата има воспоставено систем на пороти, барањата за независност и непристрасност, исто така се однесуваат и на поротите.¹

Уште Аристотел укажал на тоа дека главен добродетел на демократијата е можноста обичните луѓе од различни сфери на животот да постигнат „колективна мудрост“ која никој не може да ја постигне сам. Така, поротата е последно прибежиште во односот помеѓу демократијата, советувањето и достигнувањето на мудроста од страна на обичните луѓе.

Судењето со порота е во полза на демократијата, меѓутоа и ѝ штети на истата. Во Атина, поротниците го осудиле Сократ на смрт за религиозни дела против државата, а во Англија, поротниците по прво би отишле во затвор, отколку да го осудат Вилијам Пен². Познати се основите за скептицизам во

¹ <http://www.pravdiko.mk/definitivna-i-opis-na-pravichnoto-sudene/>

² Вилијам Пен (14 Октомври, 1644 - 30 Јули, 1718) бил англиски претприемач на недвижности, филозоф, рано - Квакер и основач на провинцијата Пенсилванија;

однос на поротничката правда, укажувајќи дека визијата за демократија на поротата инсистира на вина заради постигнување на популарна правда од аспект на совеста на заедницата.³ Меѓутоа, правдата не секогаш е популарна, а совеста на заедницата чиста. Правдата подразбира добро поставени закони и истоветно третирање на исти, односно слични случаи, а пресудите на поротата ноторно се непредвидливи, *ad hoc* пресуди, арбитрарни и чудни. Поротниците донесуваат одлуки за вината раководени од чувства, предрасуди и симпатии повеќе отколку повикувајќи се на правото и доказите во конкретниот случај. Поротничката демократија е навистина псевдо демократија, бидејќи се повикува, односно дозволува анонимна група на луѓе да покажат презир и одбивност кон законите на власта.

Првата половина на деветнаесеттиот век, ја носи трансформацијата на културата на кривичната правда, славејќи го судењето со порота како најфер и најсигурен начин на решавање на споровите, а во средината на истиот, се раѓа спогодувањето за вина, како поттик на бројни и различни објаснувања за исчезнување на поротата. Водечките социјално - правни аналитичари, напуштањето на судовите со порота и нивната замена со институтот спогодување за вина, го објаснуваат низ теоријата за професионализација.⁴ Тие посочуваат на фактот дека судењата со помош на порота, се во функција на присуството на актери - аматери, додека спогодувањето за вина како институт, е резултат на појавата на професионализација во редовите на бранителите и полицијата. Во овој контекст, полицијата е способна да обезбеди соодветни докази, адвокатите истите да ги оценат, а актерите во судницата да ги разграничат случаите каде осудата е сигурна и оние каде одредени прашања треба дополнително да се разгледуваат и оценуваат. Историски, модерните судења со порота се појавуваат кога системот на кривична правда бил составен од неискусни аматери соочени со задачата да се обидат да се справат со проблемот на обвинување, притоа осудувајќи, односно оправдувајќи некого.⁵

еден од првите поборници за демократија и слобода на вероисповед, човек со големо религиозно убедување. Пен напишал голем број дела во кои ги поттикнувал верниците да се придржуваат кон духот на христијанството. Тој бил осудуван и затворан неколку пати во Лондонската кула поради својата вера, а неговата книга „Без крст, без круна“ (1669), која ја напишал додека бил во затвор, станала христијански класик.

³ Jeffrey Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy* (Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2000), 3.

⁴ Michael McConville and Chester L. Mirsky, *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History* (Oxford: Hart Publishing, 2005), 2.

⁵ *ibid*, 4.

Денес, поротата продолжува да нè привлекува, но и да нè одвраќа од неа, токму поради тоа што го изложува целиот спектар на демократски пороци и доблести. Нигу една институција и влада, не ѝ е ривал на поротата во пласирање на моќ на толку директен начин во рацете на граѓаните. Оттука, нигу една друга институција не ризикува толку на демократијата и не се обложува на вистината на основните барања на демократијата.

Бројката на судења со помош на порота во текот на една година не може да се определи прецизно, меѓутоа е несомнено голема. Проценето е дека уште во 1955 година, на територијата на САД, се завршени 55,670 судења со порота; истражувањата покажуваат дека во текот на 2006 година, се одржани околу 154,000 судења со порота.⁶

1. АКУЗАТОРНИОТ СИСТЕМ НА КАЗНЕНА ПРАВДА НИЗ ОДРЕДБИТЕ НА НОВИОТ ЗАКОН ЗА КРИВИЧНА ПОСТАПКА

Историски гледано, од трите типа на кривична постапка, акузаторна, инквизиторна и мешовита, кои постоеле согласно временските и просторни услови од развојот на кривичното право, можеме да констатираме дека акузаторниот тип на постапка се покажал како демократски најоправдан. Земјите каде постои и досега и каде истиот не се менувал, ги имаат зајакнато неговите основни карактеристики, создавајќи репер пред државите кои постапно по „експериментирања“ се навраќаат на неговите суштински елементи, помалку во сурова, базична варијанта, а повеќе модифицирано. Република Македонија не е исклучок.

Постапката која се јавува уште во робовладетелството, стара Грција и Рим, а се провлекува до раниот феудализам, се покажало дека има многу повеќе толерантност и почитување за човековите права во рамки на спроведувањето на кривичната постапка и затоа нејзините вредности, адаптирани и индивидуализирани кон белезите на конкретната држава, се провлекуваат до денес. Ваквата, акузаторна кривична постапка во средниот век главно се напушта и се заменува со крутата и строга инквизиторна постапка - помалку толерантна кон човековите права и вредности, а многу повеќе во дослук со волјата на владетелот. Она што следи по француската револуција, преточено во мешовита постапка, која и кај нас се презеде и се имплементираше преку одредбите на стариот Закон за кривична постапка, се покажа помалку адаптирано кон интересите на странките и со поголемо оптоварување на судот

⁶ Dennis J. Devine, *Jury Decision Making: The State of the Science* (New York and London: New York University Press, 2012), 5 - 6.

во постапката. Исходот „кадија те тужи, кадија те суди“, се косеше со рамноправноста и еднаквоста како базични начела на процесното право. Затоа и драстичните промени кои разбрануваа огромен дел од дотогаш пропишаното.

Со стапување во сила на новиот Закон за кривична постапка од 2010 година, се почувствува и напливот на акузаторни привилегии кои истиот ги внесе во кривичната процедура. Ефектите и опфатот на начелото на акузаторност прифатени со новиот Закон, се простираат низ целиот процес на спроведување на кривичната постапка. Досегашната мешовита постапка се заменува со акузаторна, во не сосема чист облик, но доволно оплеменет за да можеме да зборуваме за постоечки акузаторен систем во кривичната постапка на Република Македонија. Елементот кој недостасува ќе биде разработен во трудов. Она кое е зајакнато или изменето, зборува за надградување на досегашната нормираност и практика. Станува збор за зајакнување на улогата на јавниот обвинител во претходната постапка, како и воведување на правосудната полиција, наспроти напуштањето на истражниот судија и супсидијарниот тужител, кои до скоро ги познававме. Потоа, зајакнување на правата и можностите на обете страни во текот на целата постапка, засилување на рамноправноста на субјектите и еднаквоста на оружјата во насока на фаворизирање на правичноста како принцип и достигнување на фер судење, проследено со пасивизација на судот наспроти активирање на странките на главната расправа. Се воведува нов начин на спроведување на главна расправа, каде акузаторноста се потенцира особено преку техниките и методите на испрашување на сведоците и вештите лица и вкрстеното испрашување, како најзначајно меѓу нив. Сепак, не станува збор за чисто акузаторна постапка, која бара време, средства и пред сè одлична теоретска поткованост, умешност и вештина на сите субјекти за нејзина практична реализација. Затоа и започнувањето на примената на новиот Закон за кривична постапка што беше предвидено за две години од стапувањето во сила на законот⁷, беше одложено за декември 2013 година⁸.

Она на кое се темели секоја кривична акузаторна постапка, што впрочем како придобивка го има присвоено и мешовитиот тип на постапка, е поделбата на трите основни функции - гонење, одбрана и пресудување на три различни субјекти. Тоа постоеше досега во нашата постапка и продолжува да постои согласно реформата. Како придобивка на акузаторниот модел, издвоено е

⁷ Член 568 од Законот за кривичната постапка, *Службен весник на Република Македонија* 150/10, 51/11, 100/12.

⁸ Член 2 од Закон за изменување и дополнување на Законот за кривичната постапка, *Службен весник на Република Македонија* 100/12.

начелото на акузаторност, односно оптужното начело, според кое постапката може да се поведе и води само доколку постои барање од овластен тужител кој воедно е и *dominus* во постапката⁹.

Согласно новиот закон, по примерот на аглосаксонската постапка, минимизирано е влијанието на истрагата врз главната расправа. Според тоа, судот има ограничен пристап до материјалите собрани во истрагата и сите докази кои се земаат во предвид за пресудувањето се изведуваат на главната расправа. Како што предвидуваат изречно законите на САД и Велика Британија за постоење на можноста за „освежување на меморијата“ на сведокот, истото го предвидува и нашиот закон со цел навраќање на сведокот на претходно дадениот исказ, особено при вкрстеното испрашување заради побивање на искази и оценка на нивната веродостојност¹⁰, но писмениот запис во кој е содржано претходно кажаното што служи за потсетување, не може да биде доказ врз основа на кој ќе се заснова пресудата. Сепак, „во нашето право и практика исказите на обвинетиот и сведоците, сè уште се информациски ‘рбет на целата постапка“¹¹. Целта на законски гарантираната и предвидената активизација на странките во поглед на предлагање и изведување на докази како дел од акузаторните елементи, е растоварување на судот од досега предвидената обврска по службена должност да го разрешува случајот. Затоа и странките во текот на целата постапка активно прибираат докази во поткрепа на нивната теза и во прилог на случајот кои го градат на главната расправа. Сепак, кај нас судот ја задржува раководната, контролната и гарантната функција на главната расправа и има доволно ингеренции согласно законот¹² за да може да се наметне над пропустите на странките за активизација поради нивна неукост, неумешност и недостиг на искуство. Позитивните резултати се само прашање на време и соодветна поткованост на сите субјекти во постапката. На тоа активно се работи.

⁹ Nemo iudex sine actore.

¹⁰ Член 388 став 2 од Законот за кривична постапка, *Службен Весник на Република Македонија* 150/10, 51/11, 100/12.

¹¹ Гордан Калајчиев, „Воведување на акузаторна кривична постапка со вкрстено испрашување“, во *Македонска ревија за казнено право и криминологија*, год. 16, бр. 2 (Скопје: Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, 2009), 289.

¹² За новата улога на судот, види ги членовите 358, 360, 383, 385 и 396 од Законот за кривична постапка, *Службен весник на Република Македонија* 150/10, 51/11, 100/12.

2. АНГЛИЈА И САД

„Судење со порота е повеќе од инструмент на правдата и повеќе од тркало на Уставот, тоа е светилка која покажува дека слободата живее.“

Лорд Девлин, 1956

Надоврзувајќи се на претходно кажаното, неколкупати споменато е дека чисто акузаторна постапка разликуваат англосаксонските земји. Таму постапката се именува и како контрадикторна (*adversarial*¹³), која за разлика од акузаторната што се воведува кај нас, разликува и постоење на порота како лаички, есенцијален елемент на кривичната постапка. Поротата игра клучна улога при процена за постоење на случај за кој би требало да се води постапка како и за одлучување за вината на обвинетиот. „Поротата го изразува чувството на правичност и моралот на општествената заедница, со цел да обезбеди граѓанска објективност. За многумина поротата е највлијателниот израз на непосредна демократија, при што самите граѓани учествуваат и во судската власт, па дури се и брана од ексцентричните судии кои имаат бројни предрасуди и стереотипи“.¹⁴

Во калкулациите дали овој елемент треба да биде внесен и на наше тло, отпадна во онаа класична варијанта која ја имаат англосаксонските земји. Задржана е онаа која постоеше до сега и која се јавува како помошник на судот во носењето на одлуки и одмерување на казната.

Поротата е елемент кој влече свои корени во Антиката. Римската Република и римското кривично право во својата акузаторност ја имаат поротата. Поротата ја сочинувале од 32 до 75 поротника, список составуван од 300, 36,450, 850 - 4000 лица¹⁵, наречен *album iudicum*¹⁶, кои се бирале за секој конкретен случај и кога гласале тајно тоа го правеле со посебни плочки преку кои го изразувале своето мислење испишани со: C (*condemn* - осудувам), A (*absolvo* - ослободувам), NL (*non liqet* - нејасно). Таблите потоа ги носеле во посебен сад од кој еден од поротниците ги вадел пред судот и ги читал одлуките напишани на нив. Претседателот на судот ги пребројувал и кога мнозинство или барем половина поротници гласале за слобода, обвинетиот бил

¹³ <https://en.wikipedia.org/wiki/Trial>

¹⁴ Мирјана Поленак - Акимовска, Е. Вестон, Владо Бучкоски, Гоце Наумовски, Димитар Апасиев и Јован Андоновски, *Реторика и аргуменација* (во печат, 2015).

¹⁵ Олга Ѓуркова, *Казнена постапка за коруптивни кривични дела во Римското право* (Скопје: Алфа 94, 2010), 95.

¹⁶ *ibid*, 95.

ослободуван, а кога половина плус еден гласале за осудување, обвинетиот бил осудуван со казната предложена од обвинителот.¹⁷ Разликувале и јавно гласање, кога секој поротник отворено го искажувал мислењето, што било далеку поскокотливо од тајното гласање. Начинот на избирање на поротниците бил уреден со законот *Leges Iulia iudiciorum publicorum et privatorum*. Изборот на поротници го правеле странките од спомената листа (право на редуцирање). Годишно оваа листа била составувана од урбаниот претор кој ги бирал кандидатите од квалификуваните класи. На почетокот само Римјани од сенаторски редови можеле да се пријават за да се најдат на официјалната листа на поротници (123 г. п.н.е). Бидејќи со текот на времето се покажало како неефикасно и неефективно, следен чекор било исклучување на римјаните од сенаторски ранг од поротници и воведување на поротници од редот на витезите, а потоа и трибуни од ризницата за финансии. Потоа следи период на овозможување на сите граѓани да се јават во улога на поротници.¹⁸

Надоврзувајќи се на основниот вид акузаторен систем, Англосаксонскиот систем ја разликува поротата и ја смета за круцијален дел во остварување на правосудството. Основната функција на поротата во Англија е да врши одмерување на доказите, земајќи ги во предвид приложените докази и да одлучи за вистинските факти и за фактичката состојба. Поротата одлучува за вината, а судијата ја одмерува казната во согласност со законот.

Англија ја познава поротата во рамките на Крунските судови¹⁹, кога судат за најтешки кривични дела, односно кривични дела од прв степен. Во овој случај суди судија професионалец од Вишиот суд и порота од 12 члена. Тука поротата како лаички елемент, одлучува за вината на обвинетиот, додека судијата е оној кој врши одмерување на казната и примена на правото воопшто. Должност за учество во поротата на Крунските судови во Англија имаат сите полнолетни граѓани не повозрасни од 65 години, кои што престојувале во

¹⁷ Иво Пухан, Мирјана Поленак - Акимовска, Владо Бучковски и Гоце Наумовски, *Римско право* (Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје, 2014), 453 - 455.

¹⁸ Ѓуркова, *Казнена постапка за коруптивни кривични дела во Римското право*, 94 - 99.

¹⁹ Crown Court - постапуваат за сите потешки кривични дела во прв степен, како и за сторени кривични дела за кои може да се суди и пред Магистратските судови, а кога обвинетиот одлучува да биде суден пред Крунски суд. Надлежни се за убиства, кривични дела против половата слобода, разбојништва и разбојнички кражби, тешки кривични дела сторени од малолетници, кривични дела сторени од група, банда или злосторнички здруженија и сериозни кривични дела сторени со употреба на оружје. Освен првостепеност, овие судови се и второстепени во однос на одлуките на Магистратските судови.

Обединетото Кралство најмалку пет години, од навршувањето на нивната тринаесет годишна возраст. Не треба да имаат некаква ментална заостанатост или да се дисквалфикувани од некаква причина. Дополнителните услови во Законот за кривична правда на Англија, предвидуваат правила во корист на непристрасноста и независноста на поротниците. Така, има категории на лица кои се изземени од должноста за служење како поротници: членовите на Парламентот, припадниците на вооружените сили, припадниците на медицинската професија и поротниците кои во претходните две години веќе биле поротници. Потоа, се разликува категорија на лица кои може да бидат изземени од должноста да бидат поротници: членовите на правосудството, лицата кои во последните десет години биле поврзани со примената на правото (полицајци, бранители, адвокати и сл.), душевно болните лица и свештениците. Предвидена е и можност за одземање на правото за учество во поротата на лицата кои биле осудени на безусловна казна затвор во времетраење од најмалку 5 години, осудените лица за било какво кривично дело во последните десет години и лицата за кои во моментот се води кривична постапка.²⁰ Едно лице може да биде и привремено ослободено од должноста да се јави како поротник од медицински причини, ако судијата го оцени како ментално неспособно за следење на постапка, ако однапред резервирало и исплатило некој важен семеен настан како венчавка или одмор, ако има итна работна обврска која ако не се заврши навреме може да им донесе загуба, ако е во редот на некоја од службите на Кралцата и сл.²¹ Акт од 1974 година му дава декрет на судијата да разреши лице именувано за поротник од таа функција со оглед на неговиот капацитет, физички недостаток или јазична бариера. Судењето продолжува и со намален број поротници се додека тој број не падне под 9.

До 2000 - та година поротниците се бирале од страна на офицер за повикување кој бил поставен на секој судски центар. Сега е воспоставено Централно Биро за повикување (Central Summoning Bureau) кое работи на национална основа и случајно компјутерски избира имиња од избирачкиот список. Бирото е одговорно за издавање на покана, како и за справување за евентуални одолжувања или исклучоци. Поканетите лица се упатуваат во Крунскиот суд и од нив се составува порота за конкретниот случај, доколку обвинетиот не се изјасни за виновен. Составената порота положува заклетва и почнува со работа. Двете страни, односно и одбраната и обвинителството, имаат право на *challenge for cause*, односно да се предизвика некој од поротниците или целата порота за одредена причина, во однос на постоење на

²⁰ Гордана Лажетик - Бужаровска, Гордан Калаџијев, Бобан Мисоски и Дивна Илиќ,
Компаративно казнено процесно право (Скопје: Академик, 2011), 61 - 62.

²¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Juries_in_England_and_Wales

причина за дисквалификација или проверка на пристрасноста. Поротата ги донесува одлуките едногласно. Сепак, постои можност поротата да не се согласи за единствена одлука. Во тој случај, по разумен период на време за одлучување, не помал од два часа, судијата им дозволува да донесат одлука со мнозинство гласови, притоа нагласувајќи ја бројката „за“ и бројката „против“ одлученото. Нивната одлука ја донесуваат во посебна соба и се што се дискутира и одлучува таму, забрането е да се изнесува надвор од неа. Додека одлучуваат, не смеат да комуницираат со никого, освен со офицерот и судијата. За одлученото не објаснуваат, ниту за тоа како дошле до она кое го застапуваат.

Во Англија поротата се смета за здрав начин да се придонесе кон здраво општество, каде политичките лидери не ќе можат да извршат злоупотреба на системот. Таа е фундамент на Англискиот правен систем, кој обезбедува кривичниот систем да работи во корист на граѓаните, наместо на владетелите. Притоа, слабост во Англија е напишаното право, односно немањето Устав и со тоа недостигот на уставно загарантирана порота и поротничко судење. Таа е регулирана со обични акти на Парламентот, кои можат да бидат менувани од него во секое време, така што постои опасност од тоа Владата да го измени, па и укине правото на порота во секој момент. Основен документ е *Juries Act* од 1974 кој ја чува поротата и правото на поротничко судење.

Во последните години, работата на поротата во Англија е под напад. Владата ја редуцира нејзината примена за кривични предметисо цел да заштеди пари и средства. Тоа е и делумно постигнато со Кривичниот Закон од 1977 година, па од неговото донесување до денес постапно се врши намалување на кривичните дела за кои е предвидено судење со порота, преку зголемување на казнената моќ на Магистратските судови²².

Кривичната постапка на САД, исто така ја познава и користи поротата, воведена и предвидена преку Декларацијата и со Повелбата за правата од 1689 година. Воведена е по англиската порота и тоа од страна на англиските колонисти.²³

Федералните судови повикуваат лица од кои се одбира поротата за конкретниот случај. Обете страни им поставуваат прашања со цел утврдување на легитимност за да се биде член на поротата во случајот, процес познат како *voir dire*. Сите оние за кои постои сомнеж дека ќе одлучуваат фер, се исклучуваат од поротата, најчесто поради предрасуди или пристрасност со конкретниот случај. Сепак, надлежните можат да исклучат некого и без одредена

²² <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/the-jury-system.php>

²³ Лажетик - Бужаровска, Калајџиев, Мисоски и Илиќ, *Компаративно казнено процесно право*, 35.

јасна причина. Во системот на САД се бара едногласна одлука на сите поротници, за разлика од Англија.²⁴ За поротник може да се јави секое лице кое е државјанин на САД, да има навршено најмалку 18 години, да престојува во областа најмалку една година, течно да говори и дго познава англискиот јазик, да нема ментални и физички попречености, во моментот да не се товари за кривични дела за кои е предвидена казна затвор од најмалку една година и да не е поранешен осуденик. Исклучени од федералниот поротен систем се членови на вооружени сили додека се на должност, членови на пожарникарски и полициски оддели и „јавни службеници“ на федерално, државно и локално ниво кои се активно во полно време ангажирани во извршување на јавни работи. Постои и можност за ослободување од поротно ангажирање кое е различно во сите 94 федерални дистрикти. Може да се работи за причина врзана за личност, група, професионален ангажман и сл.

Она по кое е познат поротниот систем на САД, е разликувањето на Големата Порота (Grand Jury) и Судска порота (Trial Jury). Trial Jury позната и како Petit Jury, одлучува за тоа дали обвинетиот го сторил делото за кое се товари. Составена е од 6 - 12 лица и донесува одлука во стил - виновен или невин. Пред Големата порота се презентираат докази од страна на одбраната и обвинението. Петтиот амандман на Американскиот Устав вели дека, на осомничен не може да му се суди се додека Големата порота не реши дека постојат доволно докази за тоа²⁵. Значи, тука се одлучува дали постои основано сомневање дека лицето сторило кривично дело и дали на тоа лице треба да му се суди воопшто. Ако таа одлучи дека постои вакво основано сомневање, се покренува целата постапка. Големата порота е составена од 16 - 23 лица и постапката во која таа заседава не е отворена за јавноста.²⁶ Судењата пред Големата Порота се порелаксирани од редовните судења. Тука не присуствува судијата, а често не се присутни ниту адвокати, туку само обвинителот. Обвинителот комуницира со поротата во врска со изведувањето на доказите. Заседанијата се тајни, што овозможува живите докази да бидат безбедно презентирани, односно сведоците да зборуваат без страв и со задржувања, а исто и ја штити репутацијата на осомничениот во случај да не дојде до покренување на обвинение²⁷. Одлуките кај Големата порота не мора да бидат донесени едногласно, но се бара супер мнозинство односно, апсолутно мнозинство од 2/3 или 3/4 согласност за покренување на обвинение. Во

²⁴ <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service>

²⁵ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Grand+jury>

²⁶ <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/types-juries>

²⁷ <http://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/how-does-a-grand-jury-work.html>

одредени случаи е можно покренување на обвинение и наспроти немањето согласност од Големата Порота, во случај кога обвинителот мисли дека случајот е доволно силен за да го добие на суд. Тогаш, обвинителот има обврска да го убеди судот за покренување на обвинение.

3. ЕЛЕМЕНТОТ КОЈ НЕДОСТАСУВА - ПОРОТА И УСЛОВИТЕ ЗА НЕГОВО ОСТВАРУВАЊЕ ВО НОВОКОНЦИПИРАНИОТ СИСТЕМ НА КАЗНЕНО ПРАВО ВО РМ

Во насока на остварување на основните постулати на правото и достигнување на целта - правна држава, задоволувањето на правдата и правичноста како принцип со чие почитување заживува првиот, наидува на бројни пропусти кои треба да се припишат на неконзистентното и недоследно конципирање на правниот систем на државата, пресликувајќи ги единствено позитивните искуства на државите врз основа на чии системи го гради истиот.

Инквизиторните системи на судење и оние со акузаторни карактеристики, дивергираат токму во постоењето на порота, како тело кое одлучува за вината на обвинетиот и всушност ја носи пресудата, а улогата на судијата се сведува на изрекување на истата. Акузаторните модели обично имаат расправи со кои претседава судија и каде странките во предметот изведуваат докази. Кај акузаторните постапки, во едно судење со порота, поротата составена од судии - поротници ја утврдува вината, а судијата му изрекува казна на обвинетиот откако поротата ќе донесе осудителна пресуда.²⁸ Меѓутоа, надвор од САД, далеку најголем број кривични предмети во судските системи со обичајно право, се судат без пороти.

Новоконципираниот систем на казнено право во државата, поставен со одредбите на Законот за кривична постапка од 2010 година, настојувајќи во целост да го преиначи типот на казнена постапка и да ги нагласи елементите на акузаторна, заменувајќи ја мешовитата постапка, заборава или неслучајно го изостава елементот порота како еден од основните чинители на акузаторноста на еден казнено - правен систем. Главната расправа според новиот ЗКП ги нема карактеристиките на чиста акузаторна постапка од англосаксонски тип со оглед на фактот што расправата не се води како спор на странки пред порота која одлучува за вината на обвинетиот, додека судот е целосно пасивен, туку изведувањето на доказите на главната расправа се одвива пред судски совет надлежен да одлучува за вината, но и да ја одмери кривичната санкција. Одовде,

²⁸ Гордана Бужаровска, Дејвид Ре и Мајкл Г. Карналас, *Вкрстено испитување, Прирачник за практичари*, (Скопје: Набљудувачка мисија на ОБСЕ во Скопје, 2010), 35.

помеѓу најзначајните карактеристики на главната расправа, низ кои се согледува новоконципираната улога која го пасивизира судот како субјект на третиот стадиум од постапката, се набројува отсуството на класична порота како нагласен недостаток во определбата за воспоставување на акузаторните (странечки) елементи - одредници на постапувањето во согласност со законски одредби.²⁹ Непредвидена, поротата отсуствува и при остварување на вкрстеното испрашување, како нов процесен институт, воведен со одредбите на новиот ЗКП, па во отсуство на класична порота, судот е тој кој со вкрстеното испрашување треба да се убедува во вистинитоста на наводите, поаѓајќи од целта на воспоставување на институтот, односно формирање на ставот во однос на вината на обвинетиот преку процесот на вкрстено испрашување. Ваквото „намерно“ изоставување и заборување на поротата како битен елемент во заокружување на целосната рамка на системот и пополнување на празнините во постапувањето, а со тоа избегнувајќи ги сомнежите во соодветната поставеност на системот, па оттука и на довербата во работата на инволвираните субјекти во целокупниот процес на донесување на пресуда во конкретен случај и остварување на правото, можеби е резултат на стравувањата дека пасивизацијата на судот, остварувајќи ги ново - законските норми, ќе го претвори во „англиска кралица“, давајќи му одговорност да ја изрече пресудата која ќе ја донесат луѓе - лаици во однос на правото, кои стекнале привилегија да станат дел од порота која одлучува врз основа на активната улога на странките во акузаторната, односно странечка главна расправа. Во однос на ова, се надоврзуваат и дилемите во врска со остварување на процесот на донесување пресуда во целост, пред сè, нејзината правилност и законитост. Раководејќи се од стравот од пренесување на моќта на одлучување во рацете на поротата, задоволувајќи ги психолошките карактеристики на чистиот поротен суд, пред кој заедно со непристрасен судија, се води главната расправа како спор на странки, креаторите на системот, не го лишуваат судот од било каква процесна иницијатива и не ја пасивизираат во целост неговата улога во стадиумот на постапката чиј носител е тој во системите со нагласени инквизиторни елементи, па се задоволуваат со постигнување на мешовит тип на постапка, каде советот е одговорен за својата пресуда и поради тоа мора да го има барем минимумот на сознајните алатки во поглед на утврдувањето на фактичката основа на пресудата.³⁰ Притоа, системската промена на главната расправа, автоматски не мора да ги исфрли сите инквизиторни елементи, туку може да ги редуцира истите во прифатлива мера, соодветно на подготвеноста

²⁹ *ibid*, 11.

³⁰ Калаџиџев, „Воведување на акузаторна кривична постапка со вкрстено испрашување“, 290.

на структурата за прифаќање и имплементирање на законски и нормативно навидум добро поставениот систем. Притоа, и покрај двегодишното имплементирање на одредбите на ЗКП од 2010 година, се поставува прашањето за тоа дали законот претставува конзистентна рамка за доследна примена на странечка постапка, во која главната расправа тече низ вкрстеното испрашување на сведоците и вештаците од страна на странките во случајот. Како тема која отвора бројни прашања и дилеми поврзани со нејзиното воспоставување во даден систем, пред сè со условите и можностите за нејзино функционирање, советуваат се и сè уште се одржуваат предавања на кои свои искуства пренесуваат експерти од државите по чиј пример е востановено нашето казнено - процесно законодавство. Во своите излагања на оваа тема, експертите, работејќи во системи кои ја познаваат поротата како тело кое утврдува факти и одлучува за вината, додека судијата одлучува за примена на правото, укажуваат на неговите несовршености, но упатуваат на поротата како еден од најбитните фактори за идентификување на системот како правичен.³¹ При нагласувањето на придобивките и негативните карактеристики на поротата, експертите нагласуваат дека позитивните придобивки од поставениот систем на порота се далеку побројни отколку негативните. И покрај тоа што поротата може да биде поподложна на предрасуди, како што е расната дискриминација, од друга страна, ги внесува вредностите на заедницата во судскиот процес, а со тоа избегнува акцентот на нејзиното работење да се стави на потребата од многу време и пари за нејзино одржување во системот. Во обидите за споредбени испитувања и донесување на соодветни и правилни заклучоци: порота - да или не, особено значајно е нејзиното остварување во малите средини, каде што сите се познаваат меѓусебно, а искуствата на државите кои вовеле и спроведуваат систем на порота, покажуваат дека избраните граѓани се многу совесни и им претставува чест да бидат поротници, побивајќи го ставот дека тоа што доаѓаат од мали средини, не ги прави луѓето нечесни. Вака пренесени, искуствата укажуваат на фактот дека поставеноста на нашите судови подразбира дејствување на мал простор, што не значи дека избраните поротници ќе бидат подложни на влијанија од заедницата и ќе го нарушат обидот, а целокупниот напор за осовременување од овој вид на правниот систем, ќе го направат залуден.

Во однос на природата на донесување на одлука од страна на поротниците, се поставува прашањето, во која фаза од судењето поротниците ја формираат сопствената одлука со цел донесување на соодветна пресуда во

³¹ <http://mk.voanews.com/content/article/2573636.html>

конкретниот случај?! Поротниците не го чекаат крајот на судењето за да ја формираат својата одлука во однос на доказите на случајот, туку настојуваат да ги формираат своите верувања порано во текот на процесот на судење и да ги приспособат во текот на судењето како акумулирани докази. Ваквото согледување на донесувањето одлуки од страна на поротници, води кон развој на секвенцијален модел на поротничко одлучување во кој поротниците го започнуваат судењето од позиција на неутрални и агностици во однос на соодветната пресуда, па ги надополнуваат своите верувања, постепено соочувајќи се со доказите. Притоа, во однос на донесувањето на одлуките, од поротниците се бара едногласност во одлучувањето, во контекст на инструкциите од судијата во однос на примената на конкретен закон, односно право, по правило по изведувањето на доказите, а исто така и во текот на целиот судски процес.

Како носител на улогата на одлучување за вината на обвинетиот и значаен елемент во унапредување на правата на странките и нагласување на значењето на нивната улога, демократизацијата, независноста и непристрасноста на судскиот систем, поротата во нашиот правен систем е симболично поставена, а улогата на судиите - поротници нема круцијално значење во однос на остварување на правото по нејзино убедување и примена на соодветниот закон, со примарна цел - остварување на правата на странките и задоволување на правдата преку правично водена постапка³², останувајќи доследни на уставните одредби, кои исто така упатуваат на симболично учество на судии - поротници во судењето, односно во случаи утврдени со закон, ослободувајќи ги судиите - поротници од одговорност за мислење и одлучување при донесувањето на судските одлуки.³³

Според ставовите на адвокатите, поротата е алката која недостасува во процесот на остварување на акузаторниот правен систем и обезбедување на непристрасноста и независноста на судот во одлучувањето. Поротата во македонското судство е само декор во судница, отколку реално учество во одлуката за вината и казната. Воведувањето на порота по американски терк во системот, ќе значи и баланс наспроти моќта на државата, меѓутоа можноста за обезбедување на ресурсите време и средства, ќе покаже колку државата е подготвена да ги спротивстави овие две моќи, поаѓајќи од користа на нивното соочување, во кое на поротата се гледа како на бариера на државната моќ и тело

³² Член 25 од Законот за кривичната постапка, *Службен весник на Република Македонија* 150/10, 51/11, 100/12.

³³ Член 103 од Устав на РМ, *Службен весник на Република Македонија* 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09.

составено од граѓани неподложни на разни облици на влијанија на владата. Во заклучоците од разни работилници и семинари на тема измени и дополнувања на Законот за кривична постапка од 2010, не изостанува споменувањето на потребата од воведување на „вистинска“ порота (мала и голема порота), кои ќе одлучуваат за основаноста на обвинението, како и за утврдувањето на постоењето или непостоењето на вината.³⁴

Ставот на обвинителите, пак, е сосема спротивен од про - поротнички изразениот став на адвокатите во државава. Јавното обвинителство во казнено - правниот систем на една држава, има специфична и важна позиција, со тенденција да се развива во стабилно упориште за чување на човековите слободи и права, а со тоа и во институција каде се промовира и негува правната сигурност, како на граѓаните, така и на државата.³⁵ Имено, моќта дадена на јавните обвинители како носители на јавнообвинителска функција, не смее да се довери во рацете на неетични и нискоморални луѓе, кои границата помеѓу доброто и лошото ја поставуваат по сопствено наоѓање и интерес.³⁶ Ваква ситуација, односно доверувањето на оваа моќ во рацете на поединци без етички и морален корпус, кои можат да го издржат товарот на функцијата јавен обвинител, би значело опасна состојба на загрозување на основните вредности на правната држава и загрозување на правата на граѓанинот, на која не може да и се спротивстави ниту една теоретска заложба за нивно почитување. Обвинителите поаѓаат од ставот дека системот на класична порота по американски терк, во чии рамки е воспоставен нашиот казнено - правен систем, е неодржлив за да се воведо во судниците, осврнувајќи се на условите кои државата ги нуди во однос на целосно осознавање на работата и принципите на функционирање на една порота во класичен облик. За отелотворување на иницијативата на адвокатската комора на РМ, со која граѓани како поротници ќе одлучуваат дали обвинетиот е виновен, потребни се темелни реформи, бидејќи својствена за други системи како англосаксонскиот, поротата не може да се имплементира во целост. Не фрлајќи ја во сенка користа од воведување на порота во македонскиот правен систем, како глас на јавноста за законитоста на одлуките на судот во име на правдата, обвинителите сметаат дека е неопходно опсежно истражување и анализа на подготвеноста, изнаоѓање на недостатоците во системот и длабока осмисленост на основните предуслови за

³⁴ http://www.mba.org.mk/informator/informator_64_sep2007.pdf

³⁵ Лидија Раичевиќ - Вучкова, *Улогата на јавниот обвинител во казнено - правниот систем* (Скопје: Национална и универзитетска библиотека „Св. Климент Охридски“, 2014), 240.

³⁶ *ibid*, 240.

ововедување на овој институт во еден казнено - правен систем.³⁷ Особено се упатува на недостатокот на едуциран кадар кој ќе го претстави поротниот систем, па одовде потребата да се повикуваме на експерти од државите во кои тој веќе долго функционира и од каде се препишува, кои ќе упатат на начинот на негово супституирање, начинот на работа, принципите на одлучување, начинот на однесување во судница, комуникацијата со професионалните судии и сл.

Во услови на спроведување на воспоставениот нов казнено - правен систем, не изостануваат и граѓанските иницијативи за негово целосно заживување, како услов за обезбедување на правна сигурност во целокупниот систем, што од една страна значи борба против корупцијата, но и целосна и неселективна примена на важечките закони.³⁸ Придобивките од вака поставениот закон би значеле доверба кај граѓаните дека во РМ постои праведно судство, ослободување на судијата од секаков вид на притисок и корупција затоа што главната пресуда ќе ја донесе граѓанската порота, како и намалување, па дури и искоренување на жалби и поплаки пред судот во Стразбур, со цел обезбедување на високо квалитетно судство каде се применува редот и законот.

ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Аргументирањето „за“ или „против“ системот на порота, не е само едноставно наведување на ставови и факти во однос на предметната појава, туку во голема мера ги поттикнува размислувањата и ги остава отворени правните системи на државите кои се колебаат во однос на воспоставување на ваков систем во сопствените казнено - правни законодавства.

Најистакнатите предности во однос на судење во присуство на порота, можат да се најдат во следниве формулации:

- Поротата најдобро ги изразува ставовите на општеството, поаѓајќи од фактот дека нејзиниот состав е случаен избор на лица од широкиот обем на населението;

³⁷ <http://www.akademik.mk/lr>

³⁸ Здружението на граѓани за праведно судење и применување на законот („ЗАПРИ“), незадоволни од судот и судското работење, во 2012 година поднесе иницијатива до Собранието на РМ за дополнување на Законот за судовите, која се однесува на воведување на граѓанска порота, подетално на: <http://www.akademik.mk/gragansko-zdru-zhenie-zapri-zakonite-ne-se-primenuvaat-ili-se-primenuvaat-selektivno>

- Јавноста ја поистоветува поротата со „бастион на индивидуалните слободи“;
- Истражувањето и изнаоѓањето на докази е прашање на здравиот разум и не бара никаква специјализирана правна обука;
- Мислењето на 12 поротници е подобро од единственото мислење на судијата, бидејќи со голема веројатност ќе ги спречи поединечните предрасуди и може да биде целосно независно, поаѓајќи од неодговорноста на поротниците за својот став;
- Поротата е барометар на јавното чувство за состојбата на правото;
- Не постои задоволителна алтернатива за поротата;
- Присуството на нестручна порота, осигурува дека постапката се чува едноставна.

Побивајќи го фаворизирањето предности на поротниот систем, аргументите „против“, всушност покажуваат дека не станува збор за предности како такви, односно ги објасуваат во обратна констелација, истакнувајќи ги како слабости на системот на порота. Така:

- Аргументот дека како резултат на случаен избор, поротата го претставува општеството е погрешен, бидејќи поротата може да ја сочинуваат само оние кои се способни да дејствуваат како поротници на крајот од процесот на селекција;
- Поротата е необразовано тело во правните системи на државите каде постои и често поротниците не се во состојба да ги земаат доказите правилно и да разберат одредени сложени прашања од областа на правото;
- Поротата често не е во состојба да разбере повеќе комплексни разлики во законот, како што е разликата помеѓу убиство со умисла и убиство од небрежност;
- Поротата може да биде раководена и во неа да доминираат двајца или троја силно ориентирани поединци;
- Факт е дека поротата дејствува во корист на одбраната на обвинетиот повеќе од судијата. Многу критичари на системот на порота тврдат дека ова е голем пропуст, што произлегува или од неспособноста да ги извршува своите функции, или од сочувството со обвинетите, или пак, и од двете;
- Поротниците може да биде пристрасни за или против одредени групи;
- Не може да се гарантира дека не постои апсолутно никаква можност за влијание врз поротата;

- Неодговорноста на поротниците со оглед на тајното дејствување во собата за порота, е спротивно на демократските принципи.

Несомнено, конципирањето на казнено - процесниот систем како систем во кој свое место ќе најде и поротата во класичен облик, ќе ги потврди настојувањата на новото казнено - процесно законодавство за зголемување на непристрасноста на судот во одлучувањето по кривични случаи од разни области. Конечното заокружување на процесот на модернизирање и усогласување на законодавството со оние на државите чии законодавства се пример за почитување на човековите слободи и права, во голема мера ќе го оформи ставот на граѓаните во однос на функционирањето на системот во нивна корист, со цел обезбедување на благосостојбата во уживањето на вредностите кои природно им припаѓаат. Во оваа насока, ќе зајакне и довербата во судството, како репрезент на правната држава во која право да одлучува за народот, ќе има самиот народ, преку негово вклучување во најбитните процеси на пресудување за кршење и заштита на неговите права. Притоа, и покрај убеденоста во исправноста на обидот за пополнување на недостатокот класична порота, несозреаноста на условите за одговор на прашањето за воспоставување на поротен систем, упатува на заклучокот дека станува збор за прашање што детално треба да се разгледува во иднина доколку државата утврди дека е делумно или целосно применлив тој систем и во македонски услови и дека е во интерес на демократизација на процесите на унапредување на правата на обвинетите.

БИБЛИОГРАФИЈА

- Abramson, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2000.
- Бужаровска, Гордана, Дејвид Ре, и Мајкл Г. Карнавак. *Вкрстено испитување, Прирачник за практичари*. Скопје: Набљудувачка мисија на ОБСЕ во Скопје, 2010.
- Devine, Dennis J. *Jury Decision Making: The State of the Science*. New York and London: New York University Press, 2012.
- Ѓуркова, Олга. *Казнена постапка за коруптивни кривични дела во Римското право*. Скопје: Алфа 94, 2010.

- Калајдиев, Гордан. „Воведување на акузаторна кривична постапка со вкрстено испрашување“. Во *Македонска ревија за казнено право и криминологија*, год. 16, бр. 2. Скопје: Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, 2009.
- Лажетик - Бужаровска, Гордана, Гордан Калајдиев, Бобан Мисоски, и Дивна Илиќ. *Компаративно казнено процесно право*. Скопје: Академик, 2011.
- McConville, Michael and Chester L. Mirsky. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- Поленак - Акимовска, Мирјана, Е. Вестон, Владо Бучковски, Гоце Наумовски, Димитар Апасиев, и Јован Андоновски. *Реторика и аргуменација*. Во печат, 2015.
- Пухан, Иво, Мирјана Поленак - Акимовска, Владо Бучковски, и Гоце Наумовски. *Римско право*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје, 2014.
- Раичевиќ Вучкова, Лидија. *Улогата на јавниот обвинител во казнено - правниот систем*. Скопје: Национална и универзитетска библиотека „Св. Климент Охридски“, 2014.
- Закон за кривичната постапка. *Службен весник на Република Македонија* 150/10, 51/11, 100/12.
- Устав на РМ. *Службен весник на Република Македонија* 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09.
- <http://www.pravdiko.mk/definitivna-i-opis-na-pravichnoto-sudene/>
- <https://en.wikipedia.org/wiki/Trial>
- https://en.wikipedia.org/wiki/Juries_in_England_and_Wales
- <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/the-jury-system.php>
- <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service>
- <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Grand+jury>
- <http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/types-juries>
- <http://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/how-does-a-grand-jury-work.html>
- <http://mk.voanews.com/content/article/2573636.html>
- http://www.mba.org.mk/informator/informator_64_sep2007.pdf
- <http://www.akademik.mk/lr>
- <http://www.akademik.mk/gragansko-zdruzenie-zapri-zakonite-ne-se-primenuvaat-ili-se-primenuvaat-selektivno>

НАЈНОВИТЕ КОНТРОЛНИ МЕХАНИЗМИ ЗА КАЗНЕНО - ПРАВНА ЗАШТИТА НА ЈАВНИТЕ НАБАВКИ ВО Р. МАКЕДОНИЈА ВО ФУНКЦИЈА НА СПРЕЧУВАЊЕ ОД ЗЛОУПОТРЕБИ НА ЈАВНИТЕ ФИНАНСИИ

Александра Ангеловска

Магистер на правни науки, Општина Штип, Македонија

e-mail: aangelovska86@yahoo.com

Данче Николовска Вратеовска

Доктор на економски науки, Министерство за финансии, УЈП, РД – Штип,
Македонија

e-mail: nikolovska_dance@yahoo.com

Апстракт

Јавните набавки се исклучително комплексна и стратешка дисциплина и еден од клучните инструменти за ефективно и непречено функционирање на современата пазарна економија. Во рамки на напорите за приближување кон законодавството на ЕУ, во Р. Македонија е донесен закон кој се смета за еден од најпрогресивните во регионот, но сепак мониторирањето на процесот и резултатите од досегашната пракса покажуваат дека е потребно уште многу да се работи на создавање компатибилен систем на јавни набавки кој ќе биде во функција на спречување на можните злоупотреби и коруптивни поведенија. Во оваа насока авторите посебно ги разработуваат последните измени на Законот за јавни набавки со кои се воведоа сосема нови контролни механизми во насока на заштита на конкуренцијата и унапредување на пазарната економија, но и значително се заостри одговорноста на сите субјекти кои се непосредно вклучени во системот на јавни набавки, преку дефинирање на посебни облици на кривично гонење за непочитување на законските определби, паралелно со оние предвидени во Кривичниот законик на РМ. Тргувајќи од погоренаведеното, главната дилема која се загатнува во продолжение е во која мера новите законски решенија можат да придонесат за ефикасна борба против коруптивното однесување и злоупотреба на јавните финансии, а истовремено нотирали се идните предизвици и преспективи во оваа област.

*Клучни зборови: јавни набавки, кривична одговорност, правна
заштита, држава, буџет.*

THE LATEST CONTROL MECHANISMS FOR CRIMINAL - LEGAL PROTECTION OF THE PUBLIC PROCUREMENTS IN REPUBLIC OF MACEDONIA IN FUNCTION OF PREVENTING PUBLIC FINANCES ABUSE

Aleksandra Angelovska

Master of laws (LL. M.), Municipality of Shtip, Macedonia

e-mail: aangelovska86@yahoo.com

Dance Nikolovska Vrateovska

Doctor of economics (PhD), Ministry of Finance of R. Macedonia Public Revenue
Office- Shtip, Macedonia

e-mail: nikolovska_dance@yahoo.com

Abstract

The Public procurements as an extremely complex and strategic discipline are one of the key tools for effective and smooth modern market economy functioning. Accordingly to the efforts for approximation of the Macedonian with the EU legislation, it is adopted a law (code) that is considered one of the most progressive in the region, but monitoring of the process and the results of the current practice shows that it is necessary to work more on the creating of compatible public procurement system which will be aimed at preventing the possible abuses and corrupt behavior. In this direction, the authors especially elaborate the recent amendments to the Public Procurement Law which introduced a completely new control mechanisms aimed at protecting competition and promoting the market economy and by defining specific forms of criminal liability beside those provided in the Criminal Code of the Republic of Macedonia, also significantly tightened the responsibility of all entities directly involved in the public procurement system. Considering this, the main dilemma is - how can the new legislation contribute to the efficient fight against

corrupt behavior and public finances abuse, and in the same time, noted are the future challenges and perspectives in this area.

Keywords: *Public procurements, criminal liability, legal protection, state, budget.*

Вовед

Креирањето на конзистентна и долгорочно одржлива пазарна економија, својствена за секое модерно капиталистичко општество со развиена демократска традиција, подразбира меѓу другото, втемелување на исклучително ефикасен и сеопфатен систем на управување со јавните финансии кои се основа на секое општествено-економско државно уредување. Јавните набавки како еден од најрепрезентативните и најчесто употребувани модели на управување со јавните финансии, претставуваат клучен момент во остварувањето на транзициониот период кај земјите со релативно кратка традиција на пазарна економија, препознатлива по начелата на непречена кокурентност и слободно движење на стоки и услуги. Со цел што побрзо создавање на потребните услови за непречено вклучување на Р. Македонија во евроатланските интеграции, во националното законодавство со кое се уредува управувањето со јавните финансии, во последните неколку години во континуитет се работи на креирање на националната регулатива со која се уредува проблемот на јавните набавки како нов модел на менаџирање на државните ресурси. Почетоците на јавните набавки во Р. Македонија се од 1996 година кога беше донесена Уредбата за јавни набавки, додека законските основи на системот беа поставени во 1998 година кога за прв пат се воспостави систем на објективна законска процедура за спроведување на јавните набавки. Во 2004 година беше донесен нов закон, делумно усогласен со дотогашните директиви на ЕУ, но како резултат на потребата од следење на динамичниот развој на материјата и современите тенденции во креирањето на системот на јавните набавки, во 2007 повторно беше донесен нов закон за јавните набавки кој со бројните измени и дополнувања е во сила сè до денес. И покрај разработената пракса на примена на јавните набавки во Р. Македонија во сите компоненти на класичниот сектор, проблемот на нивната злоупотреба е сè уште присутен и актуелен¹. Во рамки на напорите за спречување на коруптивните поведенија и другите злоупотреби на финансиите во јавниот

¹ Види подетално: Тупанчески Никола, Кипријановска Драгана, Правна заштита на јавните набавки, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu*, 2011, стр. 436-437.

сектор, веќе подолго време во континуитет се води сериозна расправа за создавање на контролни механизми за идентификацијата на злоупотребите како предуслов за развивање на форми на превенција во оваа област. Казнено-правните аспекти на злоупотребата на јавните набавки се исклучително важна проблематика на која треба да се посвети особено внимание, како би се овозможило усовршување на модалитетите за успешно функционирање на системот на располагање со државните ресурси, а со тоа и унапредување на општествено економскиот развој на заедницата. Клучно во целиот процес е вложувањето на оптимални напори за детектирање на скриените форми на злоупотреба и изнаоѓањето решенија за сузбивање на истите, како би се овозможило транспарентно и одговорно спроведување на јавните набавки. Дотолку повеќе, исклучително е важно да се создаде систем на контролни механизми кој ќе овозможи превенција на противправните поведенија како истите не би се повторувале во иднина.

Казнено-правна заштита на јавните набавки во Р. Македонија

Казнено-правната заштита на јавните набавки во домашниот правен систем е еден од сегментите на кои законодавецот посветил особено внимание во напорите за сузбивање на можните злоупотреби на јавните финансии во пракса. Кога станува збор за ова прашање, истото може да се разгледува во рамките на едно специјализирано подрачје од причина што станува збор за проблематика која својата казнено-правна заштита ја наоѓа не само во Казнениот законик на РМ, туку и во самиот Закон за јавни набавки во кој се предвидени посебни казни одредби за санкционирање на противправно поведење во оваа област, независно од казнените одредби во КЗ. Според Кривичниот законик на РМ казнено-правната заштита на јавните набавки се остварува преку следните кривични дела: Злоупотреба на службена положба и овластување (член 353 од Кривичниот законик) и Злоупотреба на постапката за јавен повик, доделување договор за јавна набавка или јавно приватно партнерство (член 275-в од Кривичниот законик). Со основниот облик на кривичното дело „Злоупотреба на службената положба и овластување“ се инкриминира прибавувањето на корист или нанесувањето штета на друг од страна на службено лице кое го сторило делото со искористување на својата службена положба и овластување, со пречекорување на границите на службеното овластување или со неизвршување на службената должност. Сторувањето на делото при вршење на јавните набавки, на штета на средствата на Буџетот на Р. Македонија, од јавните фондови или од други средства на државата, претставува квалифициран облик на основното дело на злоупотреба на службената положба и овластување и за истото е предвидена казна затвор

од најмалку пет години.² Доколку се проанализира дефиницијата на овие кривични дела, може да се забележи дека како носител на казнено поведение се јавуваат *службените лица*. Со ваквата легислативна поставеност на работите, кај криминалните јавни набавки во кои учествуваа службени лица на договорниот орган и претставници од економските оператори (понудувачите), одговорност можеше да се утврди само кај службените лица, а не и претставниците на понудувачите кои за волја на вистината имаат подеднаков криминален придонес во вршењето на делото, како и оние првите. Како резултат на ова, а во насока на јакнење на системот на јавни набавки, постепено еволуираше и законската регулатива во врска со оваа проблематика, па во Кривичниот законик беше предвидена инкриминацијата - Злоупотреба на постапката за јавен повик, доделување договор за јавна набавка или јавно приватно партнерство. Од законскиот опис на делото³ може да се согледа дека кај оваа инкриминација како носител на казнено поведение се јавуваат претставниците од страната на економските оператори, односно понудувачите. Со додавањето на ова кривично дело со измените на Законот за јавните набавки од 2009 година, се воспостави правичен баланс, во поглед на казнената одговорност на двете засегнати страни во системот на јавните набавки (договорните органи и понудувачите). Со оглед на фактот дека ваквата законска поставеност на работите не беше задоволителна во напорите за намалување на корупцијата во јавните набавки, а тргнувајќи од можностите за огромни злоупотреби што резултираат со повреда на начелото на еднаков третман на понудувачите, во нашата легислатива значително се зголеми бројот на репресивни механизми за спречување на ваквите нелегални практики. Ова се постигна преку воведување на низа казнени одредби во самиот Закон за јавни набавки, што е крајно невообичаено ако се земе предвид дека станува збор за чисто процедурален закон кој ги уредува начинот и правилата на спроведување на тендерските постапки. Анализата на казнените одредби од Законот за јавните набавки укажува на тенденцијата за ригорозно санкционирање на секој пропуст во спроведувањето на процесот на јавни набавки, а за кој постои основано сомнение дека е насочен кон тенденциозно однесување на договорните органи во насока на злоупотреба на законските

²Член 353 став 5 од Кривичниот законик на РМ, „Службен весник на РМ“, бр. 37/96.

³Тој што свесно ќе ги повреди прописите на постапката за јавен повик, доделување на договор за јавна набавка или јавно - приватно партнерство со поднесување на неистинита документација, со договорување на други можни учесници заради изигрување на обврските од договорот со намера тој да биде изигран или на друг начин намерно ќе ги повреди правилата на таа постапка и со тоа за себе или за друг ќе оствари поголема имотна корист или ќе предвика поголема штета ако не се исполнети обележјата на друго потешко дело ќе се казни со парична казна или со затвор од три години.

одредби и стекнување противправна имотна корист. Во зависност од тоа дали станува збор за поголема, значителна или имотна корист од поголеми размери, е извршена градацијата во санкционирањето на противправните поведенија. Притоа, од описот на законските битија на делата, а имајќи ја предвид поделбата на надлежностите на субјектите вклучени во овој процес, може да се заклучи дека како сторители на делата на страната на договорните органи може да се јават членовите на комисијата за јавни набавки, вработените лица кои непосредно работат на спроведувањето на јавните набавки во договорните органи, лицата задолжени за изготвување на техничките спецификации, стручните лица од Советот за јавни набавки, членовите на Советот за јавни набавки и членовите на Државната комисија за жалби по јавни набавки.

Со оглед на обемот на предвидените кривични дела во главата „Казнени одредби“, чија бројка со последните измени на законот од 2015 година се искачи на 21, во продолжение ќе биде даден преглед на некои од позначајните дела со кои се инкриминира постапувањето со јавните набавки во класичниот сектор во органите на државната администрација.

Член 232-г „Тој што свесно презел дејствија спротивно на овој закон или свесно пропуштил да преземе дејствија кои бил должен да ги преземе согласно овој закон поради што е објавена постапка за доделување договор за јавна набавка на стоки без согласност на Советот во случаите кога техничките спецификации можат да ги исполнат помалку од минималниот број на производители од член 36-а ставот (1) на овој закон и со тоа за себе или за друг ќе оствари поголема имотна корист, или ќе предизвика поголема штета, ќе се казни со казна затвор до една година“.

Член 232-д „Тој што свесно презел дејствија спротивно на овој закон или свесно пропуштил да преземе дејствија кои бил должен да ги преземе согласно со овој закон поради што е објавена постапка за доделување на договор за јавна набавка без согласност од Советот во случаите каде што се предвидени критериуми за утврдување на способност кои може да ги исполнат помалку од минималниот број на економски оператори од членот 36-а став (2) од овој закон и со тоа за себе или за друг ќе оствари поголема имотна корист, или ќе предизвика поголема штета, ќе се казни со казна затвор до една година“.

Член 232-р „Тој што во текот на постапката ќе ги измени или дополни оние елементи од тендерската документација за кои Советот издал согласност спротивно на членот 38 став (4) и со тоа за себе или за друг ќе оствари поголема имотна корист, или ќе предизвика поголема штета, ќе се казни со казна затвор до три години“.

Советот за јавни набавки е еден од клучните контролни механизми за спречување злоупотреби во јавните набавки кој за прв пат се вовеле во 2014 година како орган во состав на Бирото за јавни набавки, на почетокот составен од пет членови, а сега од седум членови именувани од Владата на РМ. Основната интенција на законодавецот е ова стручно тело да дејствува како коректив во формирањето на барањата во техничките спецификации и критериумите за утврдување на способност на понудувачите, а со тоа да се вовеле механизам на контрола и исправка на оние сегменти од набавката кои се најподложни на обиди за манипулации и злоупотреби на буџетските средства. Советот за јавни набавки веќе активно работи и одлучува по доставените барања од страна на договорните органи за добивање со согласност, а со цел успешно постапување по истите, за секое барање се ангажираат стручни лица од соодветната област по случаен електронски избор од Регистарот на стручни лица. Мислењата на стручната јавноста околу оправданоста од воведување на овој контролен механизам во јавните набавки, се поделени. Постојат ставови дека неговата функција е клучна во напорите за објавување на транспарентни огласи за јавни набавки, кои ќе овозможат конкурентност и недискриминација на економските оператори. Тоа се овозможува на тој начин што Советот не издава согласности за користење на барањата во техничките спецификации кои се тенденциозни и укажуваат на одреден производител или трговска марка, односно се конципирани така што истите може да ги исполни само еден понудувач. Освен тоа Советот корективно дејствува и во однос на предвидувањето на дополнителните критериуми за утврдување способност освен личната состојба и способноста за вршење на професионална дејност, кои доколку се предвидат во тендерската документација, задолжително е спроведување на истражување на пазарот на кое позитивно ќе одговораат доволен број на понудувачи, во зависност од вредносниот праг на постапката која се спроведува. Во спротивно неопходно е да се побара согласност од Советот за јавни набавки кој треба да цени дали предвидените критериуми се тенденциозни и дали истите може да ги исполнат доволен број на економски оператори како би се овозможила конкурентност и рамноправност на понудувачите заинтересирани да се јават на огласот за одредена набавка. Од друга страна се мислењата дека Советот за јавни набавки како тело непотребно ја одолговлекува и бирократизира процедурата за објавување на огласите за јавни набавки, со оглед на фактот дека постои законски рок за постапување по барањата за добивање согласност, а многу често истите не се добиваат по прв пат, така што целата процедура трае значително долго, доведувајќи го во прашање редовното и нормално функционирање на договорните органи. Во прилог на ова говори и фактот дека процентуалниот сооднос на дедени и недадени согласности од Советот за барања кои се поднесуваат по прв пат, изнесува 40 % наспроти 60 %. Ова значи дека во 60% од случаите договорните органи морале повторно да се обратат до

Советот како би можеле да добијат согласност како основен предуслов за објавување на огласот. Освен тоа застапени се ставови дека е возможно да се објави тендерска документација со дискриминаторни елементи дури и тогаш кога е добиена согласност од Советот за јавни набавки, доколку договорниот органи издржано и убедливо образложи зошто му е неопходно да ги користи токму тие барања во техничката спецификација, односно критериуми за утврдување способност. Досегашната пракса од функционирањето на Советот покажа зголемено административно оптоварување на постапките за јавни набавки кои траат значително подолго во однос на порано. Освен тоа не постои можност за прецизно прогнозирање кога точно ќе се објави огласот за јавна набавка, бидејќи не се знае однапред дали ќе се добие согласност од Советот од прв пат или дополнително ќе треба да се работи на корегирање на тендерската документација пред повторно да се испрати на одобрување до Советот. Од друга страна, неспорно е дека со воведувањето на ова тело, значително се ускрати можноста на договорните органи да манипулираат при дефинирањето на условите и барањата во техничките спецификации како би можело тендерот да го добие однапред договорен понудувач. Претходно ваквата улога на коректив ја имаше Државната комисија за жалби по јавни набавки, но истата согласно законските надлежности постапува само по поднесена жалба, така што не постоеше механизам за редовна контрола на овие сегменти од постапувањето на договорните органи. Доколку повеќе, ако се земе предвид дека често пати економските оператори не вложуваа жалба поради уверување дека нема да успеат во докажување на своите наводи, а истовремено и поради трошоците за процесуирање на истата, сè поизвесна беше потребата од воведување на дополнителни контролни механизми за спречување на злоупотреби во оваа област. Во овој момент е релативно рано со сигурност да се зборува за придобивките од формирањето на овој механизам за контрола и спречување на злоупотребите во јавните набавки, но како и да е до сега истиот активно работи со тенденција да го унапреди и усоврши своето работење во зависност од потребите кои ги наметнува праксата.⁴

⁴Само во втората половина од 2014 година, до Советот за јавни набавки се поднесени вкупно 5.725 барања за добивање согласност од договорните органи. Со оглед на тоа што со воведувањето на законската обврска за барање согласност, значително се отежнаа постапките за јавни набавки, во изминатиот период во континуитет се прават напори за олеснување на процедурата во врска со добивање на согласности од Советот по различни основи. Така, со измените на законот објавени во Службен весник бр. 78/2015 се предвиде дека договорните органи немаат обврска да бараат согласност во случај кога ги користат стандардните тендерски документации објавени на web страна на БЈН или кога повторуваат постапка во иста фискална година која завршила со одлука за поништување, доколку во неа се предвидуваат истите услови кои биле предмет

Исклучителната важност на законската обврска за барање согласност од Советот за јавни набавки, се огледа и во горецитираните членови кои предвидуваат затворски казни за лицата кои нема да побараат согласност од Советот за јавни набавки, во случај кога се исполнети сите законски претпоставки за тоа. Со инкриминацијата од член 232 –г се санкционира објавувањето на оглас за јавна набавка на стоки без согласност од Советот во случаите кога не е задоволен законскиот минимален број на *производители* на пазарот во РМ и пазарите во странство кои може да ги исполнат барањата од техничката спецификација, додека со инкриминацијата од член 232 – д се казнува објавувањето на оглас без согласност од Советот, во случаите кога на пазарот во РМ нема доволен број на *економски оператори* што можат да ги исполнат дополнителните критериуми за утврдување способност. Меѓу другото, задолжителна обврска на договорните органи е да не ги менуваат техничките спецификации/критериумите за утврдување способност за кои Советот издал согласност. Секое постапување спротивно на ова, се санкционира согласно член 232-р од законот.

Член 232-е *„Тој што нема да постапи по решението со кое Државната комисија одлучува по жалба ќе се казни со казна затвор од една до пет години“.*

Член 232-о *„Тој што нема да ги достави документите од членот 215 став (1) алинеи 1, 3 и 4 од законот до Државната комисија во рок од пет работни дена од приемот на жалбата и со тоа ќе постапи*

на добивање согласност од Советот. Меѓу другото, со измените на законот е предвидено дека договорниот орган може да го повтори барањето за добивање согласност максимум уште два пати, доколку првиот пат не добие согласност. Советот за јавни набавки кога одлучува за барањето по втор пат, треба да провери дали договорниот орган постапил по дадените укажувања. При одлучување по третпат за истото барање согласност, Советот е должен по претходно мислење на стручните лица, да провери дали е постапено по неговите укажувања дадени со претходните решенија и да донесе решение со кое ќе даде согласност во кое ќе ги наведе, доколку е потребно, измените што договорниот орган треба да ги направи пред да го објави огласот. Со оглед на тоа што во пракса често пати се случуваше во врска со едно исто барање повеќе пати да не се дава согласност токму поради ставовите на стручните лица кои се побиваа едни со други, со измените на законот се предвиде при одлучување за давање согласност по третпат за истото барање, Советот по случаен електронски избор да покани три од стручните лица што претходно ги ангажирал да проверат дали е постапено по претходните укажувања на Советот.

спротивно на членот 215 ќе се казни со казна затвор од една до пет години“.

Државната комисија за жалби по јавни набавки е исто така еден од клучните механизми за воспоставување контрола на системот на јавни набавки, како второстепен орган кој во постапка за правна заштита одлучува по жалби од страна на економските оператори, а од неодамна и од договорните органи.⁵ Впрочем, сè до воведувањето на Советот за јавни набавки комисијата беше клучниот механизам за спречување на евентуални злоупотреби или неправилности сторени од страна на договорните органи. Сепак, последните статистички податоци заклучно со 2014 година, покажуваат дека бројот на жалби поднесени до оваа институција се намалува, па од тука логично се наметнува прашањето дали ова е резултат на зголемената дисциплина на договорните органи при доделувањето на договорите за јавни набавки или се намалиле очекувањата на деловната заедница дека би можеле да ја постигнат посакуваната цел преку обраќање до Државната комисија за жалби. Секако не треба да се заборави дека често пати, обврската за плаќање на надоместок за водење на жалбена постапка ги одвраќа економските оператори од намерата за обраќање до комисијата како второстепен орган во постапката. Како и да е, двостепеноста во постапувањето е уставен принцип, така што во ниту еден момент не треба да се потцени значењето на Државната комисија за жалби како гарант на правилното постапување во постапките за јавни набавки. Обврската за постапување по решенијата на државната комисија е облигаторна, а нејзиното непочитување е санкционирано со кривична одговорност. Тоа значи дека договорниот орган мора во целост да постапи по укажувањата на комисијата, а за тоа и соодветно да ја извести во законски утврден рок. Меѓу другото, казниво е и ненавременото доставување на документацијата која е согласно законот е непходна како би можела државната комисија за жалби по јавни набавки да одлучува по обжаленото решение. Инсистирањето на казнена одговорност за непостапување по решението на ДКЖЛН е уште еден репресивен механизам со кој законодавецот го акцентира исклучителното значење на комисијата како коректив во работењето на првостепените комисии за јавни набавки кај договорните органи.

Член 232-s *„Тој што свесно нема да ги стави сите позиции во тендерската документација кои се предвидени во предмерот на ревидираниот проект за изведување на работите спротивно на членот 18 став (3) од овој закон и со тоа за себе или за друг ќе оствари поголема*

⁵Со формирањето на Советот за јавни набавки се вовеле можност и за вложување на жалба од страна на договорните органи против решенија на Советот со кои одлучува за давање/недавање согласност по различни основи.

имотна корист, или ќе предизвика поголема штета, ќе се казни со казна затвор до една година“.

Станува збор за кривично дело чија основна цел е да се спречи тенденциозното однесување на договорните органи во насока на намерно непредвидување на сите ставки од предмер пресметката во техничката спецификација за набавка на работи, како би се избегнале злоупотребите со однапред предвидено склучување на анекси на основните договори со веќе избраниот понудувач. Мора да се признае дека станува збор за крајно екстремно кривично дело чија основна тенденција е заштита на правната сигурност при спроведување на постапките за јавни набваки при доделување на договори за набавка на работи. Овде оправдано се поставува прашањето која е смислата носител на казненото поведение да биде лицето кое има овластување да ја изработува или одобрува тендерската документација и да го објави огласот за јавна набавка, кога по логичниот след на работите тоа не одлучува за тоа кои ставки треба да бидат внесени во техничката спецификација. Дотолку повеќе, ако се земе предвид дека фактот дека според Уредбата на активностите на градење кои се предмет на договорите за јавни набавки⁶, бројот на ваквите активности е навистина обемен и различен, може да се констатира дека определбата на законодавецот дека во техничката спецификација треба да се внесат сите ставки од предмер-пресметката на „ревидираниот проект“ е премногу општа и недоречена. Ова создава повеќе дилеми во пракса, кои првенствено се однесуваат на прашањето дали за секоја набавка на работи е потребен ревидиран проект (на пример: Како би требало да изгледа проектот за внатрешно и надворешно бојадисување на згради (точка 45.44 од Уредбата) и кој треба да го ревидира???). Законот не предвидува исклучок од правилото дека за набавка на работи ставките се преземаат од предмер пресметката на ревидираниот проект, па логично се наметнува прашањето дали според законот за јавни набавки за секоја набавка на работа е потребен проект кој ќе биде ревидиран. Дотолку повеќе, лицата кои работат на проблематиката во јавните набавки, не се стручни да дадат оценка за тоа, па се поставува прашањето како е можно да бидат носители на казнено поведение за нешто кое по природата на работите не е во нивниот домен на интерес. Крајно драстичното санкционирање, може да се забележи од определбата на законодавецот да се казнува и небрежноста, што е навистина апсурдно ако се земе предвид дека секој што работи може да погреша без тенденција за никакви злоупотребни или противправно однесување.

Член 232-к *„Тој што свесно нема да го објави огласот за јавна набавка спротивно на членот 54 ставот (2) на овој закон, а бил должен тоа да го стори согласно со одредбите од овој закон и со тоа за себе или за друг ќе*

⁶ „Службен весник на РМ“, бр.158/07.

оствари поголема имотна корист, или ќе предизвика поголема штета, ќе се казни со казна затвор до една година“.

Согласно член 54 од Законот за јавните набавки, обврска на договорните органи е огласите за доделување на договори за јавни набавки за определени постапки да се објавуваат на Електронскиот систем за јавни набавки и во Службен весник на РМ, а над определени вредносни прагови и во Службено гласило на Европската унија. И овде се поставува прашањето на целисходноста од предвидената кривична одговорност, првенствено поради тоа што со усовршувањето на функционалностите на ЕСЈН, со самото објавување на огласот на системот, истиот автоматски се испраќа во Службен весник за објава. Тоа значи дека инкриминацијата е претежно насочена кон регулирање на состојбите во кои ќе се пропушти објавувањето на огласот на ТЕТ (Tenders electronic daily) – Службено гласило на ЕУ. Освен тоа, во пракса е навистина тешко да се докаже дека ваквото постапување на договорните органи е тенденциозно со намера да се стекне за себе или за друг противправна имотна корист⁷. Сторувањето на делото од небрежност се казнува, што повторно ја наметнува дилемата која е целисходноста од таквото нормирање и дали ваквата регулатива е вистинско решение за унапредување на механизмите за заштита од злоупотребите.

Член 232-м „Претседателот на комисијата за јавна набавка, неговиот заменик, членовите и нивните заменици кои ќе пропуштат да ги преземат дејствијата од членот 47 ставови (8) и (9) на овој закон поради што не е објавена негативна референца против економски оператор ќе се казнат со казна затвор од една до пет години. Лицето или раководното лице на организацискиот облик во чии рамки се вршат работи од областа на јавните набавки кое ќе пропушти да објави негативна референца согласно со условите на овој закон и со тоа ќе постапи спротивно на членот 29-а став (3) алинеја 8 од овој закон ќе се казни со казна затвор од една до пет години“.

Член 232-њ „Претседателот на комисијата за јавна набавка, неговиот заменик, членовите и нивните заменици кои ќе пропуштат да утврдат издадена негативна референца против понудувач кој учествува во постапката и со тоа ќе постапат спротивно на членот 140 став (2) од овој закон ќе се казнат со казна затвор од една до пет години“.

⁷Аргировски Александар и др., Примена на законот за јавните набавки во пракса (III издание), Здружение на финансиски работници на локалните самоуправи и јавните претпријатија - Велес, Скопје, 2015, стр. 561.

Тргувајќи од утврдената пракса на манипулативно и неодговорно однесување на економските оператори кои понекогаш по завршувањето на постапката се откажуваа од склучувањето на договорот, не ја доставуваа банкарската гаранција за квалитетно извршување на договорот како услов за потпишување на истиот и сл, во нашето законодавство се воведе уште една процедура во насока на спречување на ваквите појави со кои се отежнуваше нормалното функционирање на процесот на јавните набавки, а истовремено се превенира евентуалното противзаконито договарање на понудувачите. Можноста за објавување на негативна референца за понудувачите доколку за тоа се исполнети условите предвидени со закон⁸, за прв пат се предвиде со измените на Законот од 2011 година.⁹ Објавувањето на негативната референца на ЕСЈН резултира со исклучување на предметниот понудувач од сите идни постапки за доделување на договори за јавни набавки во период од една година од денот на објавувањето. Целта на воведување на негативната референца е санкционирање на несериозните економски оператори кои не ги исполниле обврските кои ги имаат како понудувачи во постапката, така што со објавувањето на истата, немаат можност да учествуваат во постапки за јавни набавки за период од една година сметано од денот на објавувањето. Со цел строго имплементирање на овие одредби во пракса, законот предвидува кривична одговорност за претседателот и членовите на комисијата за јавни набавки кои ќе пропуштат да го известат лицето/раководното лице на организацискиот облик/одговорното лице во договорниот орган за исполнетоста на условите за објавување на негативна референца, а кривична одговорност се предвидува и за лицето/одговорното лице на организацискиот облик кои и покрај тоа што уредно биле известени, пропуштиле да објават негативна референца. Меѓу другото, казниво е и пропуштањето на претседателот/членовите на комисијата да утврдат издадена негативна референца против понудувач кој учествува во постапката, бидејќи тоа е основниот предуслов за негово елиминирање од понатамошната постапка на евалуација на понудите. Како и за повеќето казнени одредби и во овој случај мора да се признае дека е прилично невообичаено да се спроведува кривично

⁸Негативна референца се објавува во случај кога е исполнет еден од следните за активирање на банкарската гаранција на понудата или изјавата за сериозност на понудата: Доколку понудувачот ја повлече својата понуда пред истекот на периодот на нејзината важност, доколку не ја прифати исправката на аритметичките грешки од страна на комисијата, доколку не го потпише договорот за јавна набавка согласно условите од тендерската документација и доставената понуда или не ја обезбеди предвидената банкарска гаранција за квалитетно извршување на договорот.

⁹Закон за изменување и дополнување на Законот за јавните набавки, „Службен весник на РМ“, бр. 185/2011.

гонене за вакви пропусти, особено ако истите се сторени без умисла за стекнување на било каква противправна имотна корист. Од друга страна со воведувањето на ваквиот механизам, понудувачите треба да бидат особено претпазливи, бидејќи објавувањето на повеќе негативни референци од страна на различни договорни органи, за нив би значело оневозможување да учествуваат на тендерски постапки во период од по една година за секоја објавена негативна референца, а тоа би довело до значително намалување на рентабилноста во работењето. Оттука, постојат и мислења дека изречената негативна референца треба да резултира со исклучување на предметниот понудувач од идните постапки за доделување на договори за јавни набавки само кај договорниот орган што ја изрекол негативната референца.¹⁰

Критички осврт на состојбите во Р. Македонија

Воведувањето на посебна казнена одговорност за противправни поведенија кои го чинат законското битие на кривични дела против јавните набавки, е новост во нашиот казнено-правен систем која несомнено го разбранува општественото мислење и ги подели ставовите во стручната јавност во врска со оправданоста и целисходноста на ваквата определба на законодавецот. Ако се направи анализа на репресивните механизми од двата закони (Кривичниот законик и Законот за јавните набавки) кои истовремено се во сила, со право се поставува прашањето како ќе се одвива нивната имплементација во пракса и според која регулатива ќе се врши санкционирањето. Предвидувањето на казни за дела против системот на јавни набавки се одвиваше речиси паралелно со воведувањето на Советот за јавни набавки кој како институција треба да го спречи дејствувањето на Државната комисија за јавни набавки *post festum*, односно главната замисла е дејствува како превентивен механизам со кој ќе се оневозможи објавување на тенденциозни тендерски документации со дискриминаторни критериуми. Анализата на актуелната состојба покажува дека со воведувањето на Советот, договорните органи се повнимателни при формирањето на барањата во техничката спецификација или евентуалните дополнителни критериуми за утврдување способност или воопшто не предвидуваат дополнителни критериуми како би ја избегнале законската обврска за барање согласност. Меѓутоа, од друга страна Советот значително ја отежна работата на договорните органи, преку административно оптоварување во спроведувањето на тендерските постапки, а сепак конкуренцијата не се зголеми. Напротив,

¹⁰Повеќе за ова: Мониторинг на процесот на јавни набавки во РМ, 24ти Извештај за период јули-декември 2014 година, Центар за граѓански комуникации, 2015, стр. 24.

според последните истражувања¹¹ бројот на економски оператори кои учествувале во тендерски постапки за јавни набавки е намален во второто полугодие на 2014 година. Тоа значи дека тендерите спроведени со претходно добиена согласност од Советот за јавни набавки не резултираат по автоматизам со зголемување на бројот на понудувачи. Дотолку повеќе, во пракса се евидентирани примери во кои и покрај добиена согласност од Советот или спроведено истражување на пазарот на кое доволен број фирми се произнесле дека ги исполнуваат дополнителните критериуми за утврдување способност, на објавениот оглас се јавила само една фирма. Ваквата состојба која е евидентирана кај повеќе мониторирани постапки за јавни набавки спроведени од страна на договорните органи, оправдано го актуелизира прашањето дали моменталната функционална поставеност на системот на работа на оваа институција, реално приднесува за намалување на незаконитото спроведување на јавните набавки како општоприфатен модел на менаџирање со јавните финансии. Од друга страна сосема е евидентно дека е неопходно воведување на повеќе заштитни механизми со кои ќе се уредува оваа област, бидејќи се покажа дека предметите пристигнуваат до државната комисија за јавни набавки само во случаи на најевидентно кршење на одредбите од Законот за јавни набавки при спроведување на постапките. Во прилог на ваквата фактичка состојба зборува и податокот дека во 2014 година биле доставени вкупно 612 жалби до Државната комисија за жалби по јавни набавки. Од нив 109 се изјавени од страна на договорните органи против решенија на Советот за јавни набавки, а останатите 503 се изјавени од страна на припадниците на деловната заедница кои учествувале во тендерските постапки. Со тоа само се потврдува неколкугодишниот тренд на континуирано намалување на бројот на поднесени жалби од страна на економските оператори во врска со спроведените постапки за јавни набавки. Во 2014 година овој број е намален за 13,4 % во однос на претходната година. Сепак, статистичките податоци покажуваат дека од друга страна расте бројот на уважени жалби од страна на Државната комисија, што укажува на сериозниот и темелен пристап на оваа институција кога станува збор за унапредување и заштита на правата на економските оператори, во насока на спречување на злоупотреби на јавните финансии.

Темелното проучување на казнено-правната заштита преку правилна идентификација на злоупотребите и другите незаконити поведенија во јавните набавки е основниот предуслов за развивање на форми на превенција во оваа област.¹² Од друга страна, создавањето на превентивни механизми е една од најзначајните алатки за намалување на коруптивното поведение и другите

¹¹Ibid, стр. 9-13

¹²Повеќе за ова: Шаклева Виолета, Казнено-правни аспекти на злоупотребата на јавните набавки во Р. Македонија, 2-ри Август, Штип, 2014, стр.22-23.

злоупотреби во јавните набавки. Тргувајќи од ова, законската регулатива во Р. Македонија значително еволуираше во насока на идентификување на сите можни состојби и поведенија кои може да доведат до злоупотреба на буџетските средства и загрозување на државните интереси. Дотолку повеќе, крајно строгиот пристап во уредувањето на оваа област, може да се потврди и со фактот дека сите законски битија на предвидените кривични дела во Законот за јавните набавки се однесуваат на противправни поведенија од формална природа, односно на сторени пропусти при спроведувањето на постапката за јавна набавка. Особено е впечатливо тоа што се казнува не само умисленото сторување на делото, туку и небрежноста. Ако се земе превид законската дефиниција на небрежноста, мора да се признае дека е малку невообичаено во пракса да се стори кривично дело со кое за себе или за друг ќе се оствари поголема/значителна/ од големи размери имотна корист или ќе се предизвика поголема/значителна/од големи размери штета“, а притоа истото да е извршено од небрежност. Овие две определби една со друга делумно се исклучуваат, а дотолку повеќе ги надминуваат границите на секако разумно санкционирање и регулирање на состојбите. Казнувањето на „секој чекор“ во работењето во јавните набавки, делува дестимулативно во однос на активното вклучување и сестрано вложување на сите засегнати страни на процесот, а со тоа се наметнува дилемата дали ваквиот крајно репресивен систем на уредување, ќе понуди прифатливо решени на проблемот со коруптивноста во јавните набавки.

Препораки и заклучни согледувања

Од сето погоре наведено, неспорно е дека првиот и најзначаен чекор во создавањето на ефикасен и правичен систем на јавни набавки е креирањето на заокружена, конзистентна и сеопфатна правна рамка која детално ја регулира предметната материја. Непочитувањето на законските решенија несомнено доведува до нарушување на основите на кои се темели пазарната економија и пошироките општествено – економски текови, а со тоа се остава простор за противправни поведенија изразени преку акти на корупција. Јавните набавки се особено комплексна материја и одовде произлегува потребата од предвидување на одговорност за сите засегнати чинители на процесот, но сепак престојното нормирање оптоварено со бројни казни одредби не е најприфатливо решение на проблемот. Тргувајќи од погоренаведеното, се наметнува потребата од преиспитување на интенцијата на законодавецот за воспоставување на крајно репресивни механизми кои делуваат дестимулативно кај лицата кои се активно вклучени во спроведувањето на јавните набавки, бидејќи претставуваат директна закана за нивната сигурност со оглед на тоа што не смеат да си дозволат ниту ненамерна грешка во работењето. На

мислење сме дека зајакнувањето на улогата на СЈН и ДКЖН, како и воведувањето на негативните референци е чекор напред во напорите за превенирање на можните злоупотреби и покрај тоа што е потребно уште многу да се работи на усогласување на законските решенија со потребите што ги наметнува праксата. Сепак, предвидувањето на кривична одговорност за речиси сите чекори од постапката за јавна набавка, како и казнувањето на небрежноста е апсолутно неоправдано и апсурдно законско решение. Во прилог на ова говори и фактот дека ниту едно од компаративните законодавства во регионот, не предвидува посебни казни одредби за злоупотреби на јавните набавки надвор од оние предвидени со кривичното законодавство. Сепак, ако и покрај горенаведеното законодавецот инсистира на посебна казнена одговорност во Законот за јавни набавки, тогаш сосема оправдано се наметнува констатацијата дека е правично воведување на подеднаква казнена одговорност и за претставниците на страната на понудувачите. Секако праксата треба да покаже дали ваквите решенија на долгорочен план ќе придонесат за унапредување на моменталната состојба во борбата против корупцијата и останатите противзаконити поведенија на штета на јавните финансии. Кога станува збор за контролните механизми со кои се овозможува унапредување на заштитата на јавните набавки, особено е важно да се зајакне улогата и законските ингеренции на Државниот завод за ревизија кој согласно надлежностите утврдени со закон, врши контрола над располагањето со јавните финансии на договорните органи. Ревизијата е исклучително важен инструмент за воспоставување на усогласен и функционален систем на јавни набавки, бидејќи преку нејзино правилно вршење во континуитет се следи процесот на располагање со буџетските средства, а воедно се утврдуваат направените пропусти, злоупотреби и евентуалните проблеми со кои се соочуваат договорните органи при имплементирањето на одредбите од законот во пракса¹³. Зачестеното вршење на задолжителни интерни ревизии влијае превентивно во насока на зголемување на вниманието и одговорноста на сите лица вклучени во реализацијата на јавните набавки. Особено е важно да се зајакне улогата на граѓанскиот сектор преку унапредување на неговите капацитети и ресурсите за борба против коруптивните ангажмани, нивното следење и разоткривање. Сосема за крај, клучен момент во унапредувањето на системот на јавни набавки е воспоставувањето континуирана институционална соработка помеѓу Бирото за јавни набавки, Советот за јавни набавки, Државната комисија за жалби по јавни набавки, Државниот завод за ревизија и Државната комисија за

¹³ Повеќе за надлежностите на Државниот завод за ревизија: Аргировски Александар и др., Примена на законот за јавните набавки во пракса (III издание), Здружение на финансиски работници на локалните самоуправи и јавните претпријатија - Велес, Скопје, 2015, стр. 542-543.

спречување корупција и меѓусебно усогласување на ставовите со цел воедначена и единствена примена на законот.

Користена литература

- Аргировски Александар, Глигоријевска Рита, Богева Мицовска Маре, Јованоска Марија, Примена на законот за јавните набавки во пракса (III издание), Здружение на финансиски работници на локалните самоуправи и јавните претпријатија - Велес, Скопје, 2015.
- Тупанчески Никола, Кипријановска Драгана, Правна заштита на јавните набавки, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu*, 2011.
- Шаклева Виолета, Казнено-правни аспекти на злоупотребата на јавните набавки во Р. Македонија, 2-ри Август, Штип, 2014.
- Мониторинг на процесот на јавни набавки во РМ, 24ти извештај за период јули-декември 2014 година, Центар за граѓански комуникации, 2015.
- Закон за јавните набавки „Службен весник на РМ“, бр. 136/07, 130/08, 97/10, 53/11, 185/11, 15/13, 148/13, 28/14, 43/14, 130/14, 180/140 и 78/15.
- Закон за јавните набавки „Службен весник на РМ“, бр. 19/04 и 109/05.
- Кривичен законик на РМ, „Службен весник на РМ“, бр. 37/96.
- Закон за измена и дополнување на Кривичниот законик на РМ „Службен весник на РМ“, бр. 114/09.
- Уредбата на активностите на градење кои се предмет на договорите за јавни набавки, „Службен весник на РМ“, бр. 158/07.

СТАНОВЛЕНИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЙ О ЗАЩИТИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ В ТРУДАХ РУССКИХ УЧЕНЫХ

Георгий Ильич Сибирцев

Преподаватель кафедры организации судебной власти и правоохранительной
деятельности юридического факультета Воронежского государственного
университета, Россия,

e-mail: geor.sibirtsev@yandex.ru

Аннотация

В работе дается анализ развития представлений о защитительной
деятельности в уголовном процессе. Предпринимается попытка
определения свойств защиты в уголовном процессе.

Ключевые слова: *Философия защиты, адвокатура,
квалифицированная юридическая помощь.*

THE DEVELOPMENT OF CONCEPTS OF THE DEFENSIVE ACTIVITY IN THE CRIMINAL PROCEDURE IN THE WRITINGS OF RUSSIAN SCIENTISTS

Georgii Sibirtsev

Lecturer of the Department of judicative authority and law enforcement activities of
law faculty Voronezh State University, Russia,

e-mail: geor.sibirtsev@yandex.ru

Abstract

The work examines the development of concepts of the defensive
activity in the criminal procedure. The article gives an attempt to define
the internals of the defense in the criminal procedure.

Key words: *Philosophy of the defense, the bar, qualified legal
assistance.*

Защита в уголовном процессе неоднократно становилась предметом исследования многих ученых.

Вопросами сущности уголовной защиты задавался российский юрист и исследователь Петр Сергеевич Пороховщиков, творивший под псевдонимом П. Сергеич. «Защитой я называю спор против обвинения и вопреки ходячему мнению думаю, что бывают такие дела, в которых настоящей защиты быть не может. Если виновность подсудимого несомненна, а преступление по закону наказывается справедливо или даже недостаточно строго, о чем же спорить законнику?»¹. К сожалению, обозначенный вопрос не был в должной мере воспринят юридической наукой, которая сконцентрировала все свое внимание на предмете, целях и задачах уголовно-процессуальной защиты, какое-то второстепенное внимание уделив ее свойствам и признакам. Тем не менее, увлечение телеологической концепцией защитительной деятельности в рамках уголовного процесса неизбежно обращало внимание к научной лакуне о сущности самой уголовно-процессуальной защиты (о признаках защитительной деятельности будет сказано далее).

Н.Н. Полянский также рассматривает вопросы телеологии уголовно-процессуальной защиты, говоря о том, что «если цель процесса – истина и справедливость, то защита обязана быть правдивой».²

Одним из первых научных определений защиты в уголовном процессе стала сентенция, высказанная И.Я. Фойницким на страницах его классического труда «Курс уголовного судопроизводства»: «Защита... есть ответ по обвинению и образует собой совокупность процессуальных прав и мер, направленных к ограждению невиновности подсудимого и его прав и интересов перед уголовным судом».³

Далее ученый рассуждает о природе защитительной деятельности (тем не менее не рассматривая ее признаки) и, пожалуй, нельзя найти повода для того, чтобы усомниться в предложенной Фойницким характеристике функции защиты как обязательного (имманентно присущего) элемента уголовного

¹Сергеич П. Уголовная защита /П. Сергеич. -М. :Юрайт,2010. –С. 120.

²Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите/ Предисловие М.О. Баев, О.Я. Баев. – Воронеж: Воронежский государственный университет, 2003.- С. 27
Далее автор уточняет: «Это образует содержание защиты, или защиту в материальном смысле, в отличие от защиты в формальном смысле, означающей право подсудимого иметь представителя перед судом уголовным».

³См. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. 2 том/ Под ред. А. В. Смирнова.- Спб.: Издательство «АЛЬФА», печатается по третьему изданию 1910 г., 1996.- С. 59.

процесса. «Направленная к познанию истины,»- пишет ученый,- «судебная деятельность воплощается в решении суда, которое как продукт или заключение процесса мышления является результатом оценки предварительных моментов его - тезиса и антитезиса, положения и возражения, утверждения и отрицания... Обойтись совершенно без них невозможно: всякое наше заключение рождается из борьбы тезиса и антитезиса, для формулирования которых необходимо предварительное исследование, розыск и защита»⁴. От того насколько ясно для суда эти обстоятельства определены, в конечном счете, и зависит его окончательное мнение, формирующееся по результатам их оценки. На основании чего, ученый приходит к выводу о том, что уголовно-судебная деятельность как один из видов гносеологической деятельности не мыслима без защитительной функции. Раз сформулировано в уголовном процессе обвинение, должна быть допущена и защита; вот почему без защиты не мог обойтись ни один процессуальный строй.⁵ Более того, защита реализуется вне зависимости от типа и формы уголовного процесса, в действиях других участников процесса.

Фойницкий И.Я. проводит дифференциацию защиты и выделяет в уголовном процессе защиту в материальном (непосредственном) и формальном смыслах.

Защита в формальном смысле понимается Фойницким, как деятельность представителя по оказанию квалифицированной юридической помощи.

Формальная защита разделяется Фойницким на добровольную и необходимую.

Следует отметить, что развернутую критику указанной классификации защиты в уголовном процессе представил М.С. Строгович.

«В теории уголовного процесса,- пишет автор- в прошлые годы иногда различалась защита в материальном смысле и защита в формальном смысле. Такое различие понятий защиты нельзя признать удачным, так как защита не в одном каком-либо смысле, а во всех смыслах есть защита от обвинения, и она производится теми участниками процесса, которых закон на это уполномочивает...»⁶ По мнению Михаила Соломоновича Строговича квалифицированная юридическая помощь оказываемая защитником есть ни что иное как одна из форм осуществления права обвиняемого на защиту. На основании этого, автор приходит к выводу о том, что юридическая помощь

⁴См. Фойницкий И.Я. Указ. соч.- С. 60.

⁵Фойницкий И.Я. Указ. соч.- С. 60.

⁶Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса том 1 Наука М., 1968 г. С. 198.

оказываемая защитником не представляет собой некую обособленную форму защиты, а как следствие не следует именовать ее защитой в формальном смысле, или формальной

Как и Фойницкий И.Я., Строгович М.С. признает особую роль права знакомиться с обвинением в системе защитительной деятельности. Право знакомиться с обвинением есть существенное и крайне важное право защиты, ибо без него невозможен и сам ответ на обвинение.⁷ В процессе розыска оно принадлежало только суду и официальному обвинителю; от обвиняемого же, как предмета исследования, обстоятельства дела скрывались в видах предупреждения с его стороны опасности введения суда в заблуждение. Процесс состязательный, признав в обвиняемом сторону,⁸

Далее Строгович М.С. приводит собственное определение защиты: «Защитой называется совокупность процессуальных действий, направленных на опровержение обвинения, на установление невиновности обвиняемого или на смягчение его ответственности».⁹

Следует отметить, что данное определение во многом сходно с представленным Фойницким И.Я., за исключением того, что не содержит указания на права и законные интересы подсудимого, как самостоятельный объект защиты.

Переходя к современным работам посвященным характеристике защиты в уголовном процессе, необходимо понимать, что указанный телеологический подход к пониманию защиты сохранился и сегодня, однако с некоторыми особенностями. Современная тенденция практически всех определений защиты - закрепление средств и способов достижения целей защиты.

Баев М.О. в своей монографии приводит следующее понятие: «защита от уголовного преследования – это процессуальная и криминалистическая деятельность, осуществляемая стороной защиты в целях опровержения обвинения (в смысле придаваемого ему п. 22 ст. 5 УПК), путем выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого/ обвиняемого, либо смягчающих его ответственность».¹⁰

⁷Строгович М.С. Указ. соч. С. 198.

⁸Строгович М.С. Указ. соч. С. 198-199.

⁹Строгович М.С. Указ. соч. С. 198.

¹⁰Баев М.О. Теоретические и практические основы профессиональной защиты от уголовного преследования: монография/ М.О. Баев. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2014. – С. 10

Представленное определение интересно в первую очередь тем, что помимо классического закрепления целей защиты, оно отражает методику их достижения.

Далее Баев М.О. приводит классификацию защитительной деятельности выделяя коалиционную и коллизионную защиту.

Под коалиционной защитой следует понимать такие взаимодействия адвоката со своим подзащитным, его представителями другими его адвокатами, защитниками других обвиняемых по уголовному делу, которые характеризуются не только единством цели их деятельности в уголовном судопроизводстве, но и консенсусом между ними относительно планируемых и реализуемых средств ее достижения.¹¹

Под коллизионной следует понимать такое взаимодействие адвоката со своим подзащитным, его представителями другими его адвокатами, защитниками других обвиняемых по уголовному делу, которое имея единую цель деятельности в уголовном судопроизводстве, в то же время содержит противоречия относительно планируемых и реализуемых защитником средств ее достижения.¹²

Говоря о научных представлениях о сущности защиты в рамках уголовном процессе нельзя не уделить внимание работе Арабули Д.Т., которая не только представила более развернутое понятие функции защиты в уголовном процессе, но и содержала анализ защиты как самостоятельного института уголовного процесса.

Под уголовно-процессуальной функцией защиты Арабули Д.Т. понимает деятельность по оспариванию причастности лица к совершенному преступлению, опровержению обвинения в полном объеме или в какой-либо его части, размера вреда, причиненного преступлением, приведению доводов, положительно характеризующих лицо, подвергаемое уголовному преследованию, обосновывающих несоразмерность ограничений прав и свобод такого лица особенностям его характера и совершенного деяния.¹³

Институт защиты прав и интересов лиц в уголовном судопроизводстве – это система правовых норм, регулирующих взаимно обусловленную деятельность участников уголовного судопроизводства в рамках соответствующих уголовно-процессуальных функций, направленную на восстановление нарушенных в результате совершения преступления прав и

¹¹Баев М.О. Указ. соч. – С. 231.

¹²Баев М.О. Указ. соч. С. 231.

¹³ URL: http://www.2.susu.ac.ru/file/abstract/arabuli_dzhina_tamazovna.doc

законных интересов потерпевших и привлечение виновного к уголовной ответственности с соразмерным ограничением каждого в его правах и свободах, когда создаются условия, обеспечивающие возможность осуществления и саму реализацию прав вовлеченными в уголовно-процессуальные отношения лицами.¹⁴

Мы полагаем, что разделение защиты в уголовном процессе как функции и как системы норм (института) является оправданным и верно отражает многогранность данного термина.

Однако, несмотря на имеющееся в научной среде широкое многообразие взглядов на защиту, осуществляемую в рамках уголовного процесса, представления о ней не носят комплексного характера. Следует признать, что во всех указанных определениях в первую очередь рассмотрены процессуальные средства и цели защиты, однако проигнорированы ее свойства. Следует помнить, что закрепление какого-либо научного понятия преследует цели определения свойств и признаков изучаемого явления.

В свою очередь, устанавливая свойства и функции защиты применительно к уголовному процессу, по нашему убеждению необходимо учитывать, что она является элементом более высокой системы социальной защиты, изучив иные элементы которой, станет возможным установление дополнительных качеств уголовно-процессуальной защитительной деятельности.

Следует согласиться с позицией Д. В. Кима о том, что неклассическая картина (сформировавшаяся под влиянием таких открытий, как генетическая и эволюционная теории в биологии, теория относительности, квантовая механика, проникновение математических методов в биологию, социологию, психологию), сложившаяся примерно в первой трети XX в. в связи с научными революциями, изменила весь категориальный аппарат науки, стиль мышления, представление о реальности, причинности.¹⁵ Ученые стали понимать недостаточность разделения целостности знания о мире на отдельные изолированные дисциплины.¹⁶ В связи с чем, огромное распространение получают знания полученные в результате междисциплинарных исследований (хотя юриспруденция не становится исключением из этого правила, деятельность адвоката редко выступает в качестве предмета такого рода исследований).

¹⁴ URL: http://www2.susu.ac.ru/file/abstract/arabuli_dzhina_tamazovna.doc

¹⁵Бородин С.В. Методология защиты в уголовном процессе России: монография.-М.: Юрлитинформ, 2013.-С. 20

¹⁶Бородин С.В. Указ. соч..-С. 20

Защита, тем не менее, представляет собой широкий и синкретичный термин, объединяющий в себе различные социальные и, даже, физические явления. Нельзя усомниться в том, что защитная функция свойственна многим объектам окружающего мира (все живые организмы обладают механизмами защиты, общество, государство и все отдельно взятые их элементы также имеют в своем распоряжении инструменты защиты).

Следует отметить, что защита обладает совокупностью некоторых характеристик, свойственных ей на всех уровнях, и во всех формах ее существования. Как было сказано выше, мы полагаем возможным рассматривать защитительную деятельность как сложное, системное образование, в связи с чем, анализ уголовно-процессуальной защиты не мыслим без учета более фундаментальных категорий защиты.

И, пожалуй, первым подобным свойством защитительной деятельности следует назвать ее рисковый (алеаторный) характер. В самой лаконичной форме разъяснение этого свойства заключается в том, что защита может оказаться недостаточно эффективной, что приведет к различного рода негативным последствиям для защищаемого.

Мы полагаем, что рисковый характер защиты, в свою очередь, вытекает из независимости и самостоятельности субъектов защитных действий. Конечно же, возможно привести пример деятельности двух взаимозависимых субъектов, при этом характеризующуюся определенной рисковостью (алеаторностью). Однако подобная рисковость (алеаторность) будет носить внешний характер и проявляться во вмешательстве сторонних лиц и обстоятельств. Например, в отношениях по поводу проведения дактилоскопической экспертизы обнаруженных на месте совершения преступления отпечатков пальцев участвуют следователь и эксперт (полагаем, возможно говорить пусть и о незначительной, но взаимозависимости данных субъектов), однако их «успешность» во многом напрямую зависит от факторов, которые выходят за рамки этих отношений (имеющиеся отпечатки могут принадлежать жертве, возможна и ситуация при которой вовсе не представляется возможным провести их идентификацию). Однако подобный риск свойственен (хотя бы в самой незначительной степени) любой человеческой деятельности.

Мы же ведем речь о внутренней рисковости (алеаторности) защитительной деятельности в рамках уголовного процесса. Рисковости, которая связана с наличием взаимоисключающих (или противоположных) интересов субъектов уголовно-процессуальных отношений и характеризующейся конфликтным взаимодействием субъектов. На наш взгляд подобная внутренняя рисковость возможна исключительно при условии, если субъекты общественных отношений в должной мере независимы и

самостоятельны (в ином случае пропадает всякая возможность внутреннего риска). Таким образом, независимость есть одно из ключевых свойств защиты, так как именно она способна обеспечить самостоятельную модель поведения сообразную естественно присущим целям субъекта, что и порождает внутреннюю конфликтность отношений.

Определяя свойства защитительной деятельности в уголовном процессе, следует, по нашему мнению, учитывать опыт аналогичных исследований в других научных сферах. Это вызвано, во-первых, объективным сближением различных отраслей научного знания, (игнорирование данного процесса уже не представляется возможным) а во-вторых, тем, что фундаментальные свойства защитительной деятельности, хотя и проявляются во всех ее формах, тем не менее, характеризуются при этом различной степенью интенсивности. Это, очевидно, и становится причиной того, что разные отрасли научного познания в разной степени задавались свойствами и характеристиками свойственной изучаемым объектам защитительной деятельности.

Наглядный пример того, как различные научные сферы в неодинаковой мере задавались вопросами защиты как таковой – исследования защитных механизмов психики.

Следует отметить, что в рамках исследований психологических форм защиты были достигнуты значительные успехи.

Данная проблематика освещается специалистами на протяжении уже многих лет, и за это время в психологии широко рассмотрены вопросы классификации средств защиты, рассмотрены свойства, признаки и цели защитительной деятельности, предложены различные определения психологической защиты (хотя многие вопросы все еще ожидают своего разрешения). Психологическая защита — понятие глубинной психологии, обозначающее психический процесс, направленный на минимизацию психических переживаний.¹⁷

Хотелось бы обратить внимание на то, что уголовно-процессуальная защитительная деятельность относит к социальному уровню защиты. И здесь хотелось бы чуть больше сказать об особенностях этого уровня защиты.

В первую очередь, для социального уровня защиты необходимо наличие социума (общества) - объединения людей, занимающее относительно ограниченную территорию, обладающее собственной более или менее

¹⁷Ненси Маквилъямс психоаналитическая диагностика. Понимание структура личности в клиническом процессе. URL: http://lib.aldebaran.ru/author/makvilyams_nyensi/makvilyams_nyensi_psihoanaliticheskaya_dagnostika_ponimanie_struktury_lichnosti_v_klinicheskom_processe/ [дата обращения 13.04.2014]

отличительной культурой и институтами.¹⁸ Социальные формы защиты многообразны, в первую очередь следует сказать, что одной из основных форм защиты современного общества является государство. Государство как форма защиты общества объединяет в себе ряд защитных механизмов, которые могут быть дифференцированы по различным основаниям (внешние и внутренние защитные механизмы, экономические, управленческие и т.д.).

Право, как социальный институт, выполняет определенные функции. Одними из основных функций права, остаются регулятивная и охранительная функции. Их совокупность можно рассматривать в качестве проекции самой природы данного социального института. С одной стороны, право стремится урегулировать социальные отношения, устанавливая порядок поведения в обществе. С другой стороны система подобных норм уже на самом раннем этапе своего становления обязана содержать механизмы «самозащиты», инструменты способные гарантировать ее исполнение. Санкции, помимо прочего, своей целью преследуют закрепление правовой системы в обществе, поддержание ее действенности.

На основании сказанного выше также можно вывести следующие свойства характерные для защитительной деятельности в рамках уголовного процесса:

1. Независимость - ключевое свойство любой защиты. Выступает определяющим по отношению ко всем остальным свойствам;
2. Конфликтность – защита возникает исключительно в случае столкновения противоположных интересов двух независимых друг от друга сторон;
3. Алеаторность (рисковость)- так как защита возникает в условиях конфликта интересов, успешность защитительной деятельности зависит от многих факторов. Подразумевается, что защита может и не достичь поставленной цели. Абсолютной защиты не существует, однако использование данного термина вполне оправдано в качестве теоретической абстракции;
4. Компенсационность. Защита уравнивает обвинение. Данную характеристику можно также определить шире - в качестве принципа эквилибриума. И так как защита в процессе логически противопоставляется обвинению, то право защиты означает право ответа на обвинение, которое, в свою очередь, предполагает право знать обвинение и его данные и право отвечать на него, противопоставляя

¹⁸Волков Ю.Г., Епифанцев С.Г., Гулиев М.А. Социология: учебное пособие/ Ю.Г. Волков, С.Г. Епифанцев, М.А. Гулиев.- Ростов н/Д, «МарТ», 2007.- С.- 278.

данным и требованиям обвинения данные и требования защиты. Так или иначе, данная характеристика уголовно-процессуальной защитительной деятельности встречается в работах многих исследователей.

На основании данных свойств представляется возможным сформулировать дефиницию защиты в уголовном процессе. Защита в уголовном процессе - это особый вид деятельности направленный на оспаривание причастности подозреваемого, обвиняемого или подсудимого к совершенному преступлению, опровержению обвинения в полном объеме или в какой-либо его части, и характеризующийся алеаторностью (рисковостью), независимостью, компенсационностью.

Литература / использованные источники

- Бородин С.В. Методология защиты в уголовном процессе России: монография.-М.: Юрлитинформ, 2013.-176 с.
- Баев М.О. Теоретические и практические основы профессиональной защиты от уголовного преследования: монография/ М.О. Баев. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2014. – 336 с.
- Сергеич П. Уголовная защита /П. Сергеич. -М. :Юрайт,2010. – 179 с.
- Бышевский Ю.В., Конев А.А. Латентная преступность и правосознание: Омск: Высшая школа милиции МВД СССР.- 76 с.
- Воробьев А. В., Поляков А. В., Тихонравов Ю. В. Теория адвокатуры/ А. В. Воробьев, А. В. Поляков, Ю.В. Тихонравов. - М.: Грантъ 2002.- 496 с.
- Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. Средства предупреждения и нейтрализации. Монография./ Ю.П. Гармаев. - М.: Юрлитинформ, 2010.- 440 с.
- Кучерена, Адвокатура.- М.:Юристъ, 2005.- 351 с.
- Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»/ Под общ. Ред. А.Г. Кучерены.- М.: «Деловой двор», 2009.- 248 с.

- Панченко В.Ю., Брестер А.А. Публичное начало современного уголовного процесса и юридическая помощь./В.Ю. Панченко, А.А. Брестер// Адвокат, №12.- 2012 г. С. 13-21.
- Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите/ Предисловие М.О. Баев, О.Я. Баев. – Воронеж: Воронежский государственный университет, 2003.- 120 с.
- Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса том 1 Наука М., 1968 г. 290 с.
- Стецовский Ю.И. Огосударствление адвокатуры несовместимо с правом / Стецовский// Адвокат.- 2007.-7 июль С.8-14.
- Волков Ю.Г., Епифанцев С.Г., Гулиев М.А. Социология: учебное пособие/ Ю.Г. Волков, С.Г. Епифанцев, М.А. Гулиев.- Ростов н/Д, «МарТ», 2007.- 290 с.
- Ненси Маквильямс психоаналитическая диагностика. Понимание структура личности в клиническом процессе. URL: [//lib.aldebaran.ru/author/makvilyams_nyensi/makvilyams_nyensi_psihoanaliticheskaya_diagnosticska_ponimanie_strukturny_lichnosti_v_klinicheskom_processe/](http://lib.aldebaran.ru/author/makvilyams_nyensi/makvilyams_nyensi_psihoanaliticheskaya_diagnosticska_ponimanie_strukturny_lichnosti_v_klinicheskom_processe/) [дата обращения 13.04.2014]
- Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. 2 том/ Под ред. А. В. Смирнова.- Спб.: Издательство «АЛЬФА», печатается по третьему изданию 1910 г., 1996.- 330 с.

ПРАВА НА ЖРТВИТЕ ОД КРИМИНАЛ ОД ОМРАЗА

Besa Arifi

Assistant Professor (Docent) of Criminal Law sciences at Faculty of Law, South
East European University in Tetovo, Macedonia

e-mail: b.arifi@seeu.edu.mk

RIGHTS OF VICTIMS OF HATE CRIMES

Abstract

The Criminal Procedure Code (CPC) of 2010 promotes substantial changes in the criminal procedure of RM. One of these changes includes the clear and precise definition of the concept, categories and rights of victims of crimes, such as: the right to actively participate in the proceedings, the right to compensation, the right to protection and the right to legal and professional assistance. On the other hand, the Criminal Code of RM qualifies hate crimes as aggravating circumstances of different crimes. The aim of this article is to analyze the position and the rights of victims of hate crimes, both in comparative and national approach. The author will try to firstly analyze the development of the concept of hate crimes, and secondly explain the characteristics that imply the victimization as a result of these crimes. The methods to be used include: desk research on comparative approaches on victims of hate crimes, analysis of national and regional legislation as well as relevant case studies. The main hypothesis of the article argues that the quest for developing the rights and position of the crime victim goes in line with the contemporary trends of controlling and minimizing hate crimes which tend to be very largely spread in society.

Keywords: *victim, hate crimes, criminal law criminal procedure*

Вовед

Законот за кривичната постапка (ЗКП) од 2010 година, промовира суштински измени на кривичната постапка во РМ. Една од овие измени е и јасната и прецизна дефиниција на концептот категориите и правата на жртвата на кривичното дело, како: правото на активно учество во кривичната постапка, правото на компензација, правото на заштита и правото на стручна помош. Од друга страна, Кривичниот законик ка РМ ги квалификува злосторствата од омраза како отежнителна околност на одредени кривични дела. Целта на овој труд е да ги анализира положбата и правата на жртвите од криминал на омраза во компаративен и национален аспект. Авторот ќе се обиде да го анализира развојот на концептот на криминал од омраза и да ги објасни карактеристиките кои доведуваат до виктимизација во овие кривични дела. Притоа, ќе се користи методот на деск-истражување на компаративни пристапи кон жртвите од криминал на омраза, анализа на националното и регионалното законодавство и определени студии на случај. Главната хипотеза на овој труд е дека обидот да се подобри положбата и правата на жртвата оди во иста насока со современите трендови кои се стремат кон контрола и минимизација на криминалот од омраза кој се појавува како доста раширен во општеството.

1. Развој на концептот за правата на жртвата

Во историски и теоретски контекст, јасно е дека правата на обвинетиот и неговата положба се многу порано дефинирани од положбата и правата на жртвата на кривичното дело. Имено, интересот за анализа на личноста на сторителот како и на неговите права датира уште од крајот на 19тиот век со појавувањето на антрополошко-позитивистичката школа. Во 20ти век положбата на обвинетиот и неговите права јасно и прецизно се дефинира со низа национални, регионални и меѓународни документи.

Од друга страна, теоретските анализи на личноста на жртвата и нејзините можни права во кривичната постапка се појавуваат речиси цел век подоцна во споредба со регулирањето на правата и положбата на обвинетиот. Имено во 40тите години на 20ти век се воспоставуваат темелите на виктимолошката наука, додека пак движењето за правата на жртвата се активира дури после Втората светска војна. Националните, регионалните и меѓународните инструменти на заштита на правата на жртвата, кои датираат од 80тите години на 20ти век, идентификуваат 4 основни групи права на жртвата, и тоа: правото на обезштетување, правото на заштита, правото на активно учество во кривичната постапка и правото на помош и асистенција. Од овие права кои и се признаваат на жртвата во современиот период, се

забелележува дека правото на компензација па донекаде и правото на заштита на жртвата пошироко се опфаќаат како дел од казнено-процесното законодавство на повеќе земји. Споредени со другите нејзини права, како правото на активно приклучување во кривичната постапка или пак правото на добивање извесни услуги од страна на државите органи, првспоменатите се прифаќаат побрзо и полесно во националните законодавства.

Во рамки на реформите на казненото право во РМ, овие права на жртвата се воведоа во новиот ЗКП од 2010 година. Понатаму, правата на одредени категории жртви се регулираат со посебни закони, како на пример, Законот за заштита на сведоци (2005), Закон за правда на децата (2013), Законот за заштита на децата (2013), идр. Во однос на законската регулатива, се забележува јасен напредок во утврдувањето на правата на жртвите.

Една од најосновните новини што се предвидуваат во новиот ЗКП (2010) е јасното дефинирање и разликување на основните поими на кривичната постапка. Имено, не само што се прави јасна разлика помеѓу поимите осомничен, обвинет и осуден (со тоа што се истакнува дека во поопшта смисла, поимот обвинет ги опфаќа сите три форми) се дава и дефиниција на трите субјекти, односно, жртвата, оштетениот и приватниот тужител. Ова е првпат еден закон во нашата земја да прави структурна разлика помеѓу жртвата и оштетениот, бидејќи до скоро време тие поими се изедначуваа.

Дефиницијата за жртвата во ЗКП е идентична со нејзиното дефинирање во рамки на КЗ на РМ: „секое лице кое претрпело штета, вклучувајќи физичка или ментална повреда, емотивно страдање, материјална загуба или друга повреда или загрозување на неговите права и интереси како последица на сторено кривично дело¹”. Оттука, претставува позитивна промена што ЗКП прави разлика помеѓу жртвата на казненото дело и оштетениот, кој пак се појавува како друго лице покрај жртвата чие што лично или имотно право е повредено или загрозувано со кривично дело и кое учествува во кривичната постапка со приклучување кон кривичното гонење или заради остварување на имотно-правното барање². Овој круг се затвара со концептот даден за приватниот тужител кој се дефинира како лице кое поднело приватна тужба заради гонење на кривични дела кои се гонат по приватна тужба³, а во тој однос, наредната точка воспоставува дека под тужител овој закон го смета

¹ ЗКП. чл. 21, т. 4).

² Ибид. чл 21, т. 5).

³ Ибид. т. 6).

јавниот обвинител и приватниот тужител⁴ за да се заклучи според тоа дека под изразот „странки“ се подразбира тужителот и обвинетиот⁵.

2. Категории на жртви според ЗКП и нивните права

Во однос на четирите основни права на жртвите, ЗКП прави разлика меѓу општите права на жртвите на сите кривични дела и посебните права на одредени категории жртви. Така, во член 53 се наведува дека жртвата на кривичното дело ги има следниве права:

- 1) да учествува во кривичната постапка како оштетен со приклучување кон кривичниот прогон или за остварување на имотноправното барање за штета;
- 2) на посебна грижа и внимание од страна на органите и субјектите кои учествуваат во кривичната постапка и
- 3) на делотворна психолошка и друга стручна помош на жртви за кривични дела⁶.

Оттука се забележува дека правото на учество во постапката во својство на оштетен и правото на стручна помош и посебен однос кон жртвата се минимални права што мора да се почитуваат во сите случаи. Затоа, може да се каже дека тука се работи за *првата* категорија на жртви која е општо поставена и ги опфаќа жртвите на сите кривични дела.

Понатаму, ЗКП набројува две посебни права за жртвите на потешки кривични дела (кои се казнуваат со најмалку четири години затвор), и тоа:

- 1) право на советник на товар на буџетските средства пред давањето на исказ/изјава или поднесување на имотноправно барање ако има тешки психофизички оштетувања или потешки последици од кривичното дело и
- 2) надоместок на материјална и нематеријална штета од државен фонд под услови и на начин пропишани со посебен закон, доколку надоместокот на штета не може да се обезбеди од осудениот⁷.

Оваа група на права најчесто ги опфаќа правата на жртвите на криминалитет на насилство со потешки последици, иако не се споменува видот на криминалитетот туку само тежината на делото. За овие жртви е нагласено правото на компензација (преку државен фонд за обесштетување)

⁴ Ибид. т. 7).

⁵ Ибид. т. 8).

⁶ ЗКП, чл.53, ст.1.

⁷ Ибид. ст. 3.

како и олеснувањето на пристапот и односот кон судските органи (преку бесплатен советник). Тука се забележува **втората** категорија на жртви која ги опфаќа жртвите на тешки казнени дела.

ЗКП разликува и посебни права на ранливи категории жртви и определува дека под таа категорија се подразбираат:

i. **Жртвите деца и малолетници**: се наведува општа категорија жртви во возраст под 18 години при што првично не се прави разлика дете – малолетник, но покасно, во ставот 4 на член 54 на ЗКП, се одредува дека судот мора да определи посебна мерка на процесна заштита во случаите кога детето жртва има потреба од посебна грижа и заштита (тешко е да се разбере кога детето НЕ би имало таква потреба!) и кога детето е жртва на трговија со луѓе, насилство или сексуална злоупотреба.

ii. **Загрозените жртви**: ова категорија ги опфаќа жртвите сведоци кои со својот исказ или одговор на определено прашање би се изложиле себеси или блиско лице на сериозна опасност по животот, здравјето или физичкиот интегритет.

iii. **Посебно осетливите жртви**: Во оваа категорија спаѓаат жртви кои заради посебни околности (природата и последиците на казненото дело, физичкиот или психичкиот инвалидитет или друга од значење здравствена состојба, општественото и културното минато, семејните околности, религиозните уверувања и етничката припадност на жртвата, однесувањето на обвинетиот, членови на семејството или пријатели на обвинетиот кон жртвата) би претрпиле штетни последици по нивното психичко или физичко здравје, или пак не би биле во можност да дадат квалитативен исказ.

Ова е **третата** категорија на жртви која ги опфаќа категориите на ранливи жртви.

Определувањето на овие права на ваков јасен и детализиран начин претставува голема придобивка на ЗКП. Имено, земени се предвид сите досегашни критики кои се однесуваа на недостатокот на точно определени категории лица кои треба посебно да бидат заштитени. Дотолку повеќе што општите одредби за заштита на сведоците се објаснуваат во друго место на законот, а пак тука наброените права се однесуваат изрично на овие категории жртви. Исто така е доста важно што се одлучува таквите мерки на заштита, кои се уредуваат со овој и со други закони, да се изрекуваат според волјата на жртвата а не автоматски, и уште повеќе е важно што одлуката за изрекување на таквите мерки е судска – сметам дека тоа повеќе ќе допринесе во објективноста и правичноста на тие одлуки.

Со цел да се спречи секундарната виктимизација и трауматизирањето на најосетливата категорија, а тоа се децата-жртви, многу е важно што

законот предвидува обврска на судот, да му определи на детето-жртва поединечно или заедно со друга посебна мерка на заштита, видео и тонски запис на исказот и сослушувањето на детето за да се користи како доказ во постапката, како и наредува дека само во исклучителни случаи, заради нови околности на случајот, судот може да нареди повторно сослушување на детето жртва најмногу уште еднаш преку користење на технички средства за комуникација⁸. Ова претставува голем напредок во дефинирањето на правата на оваа посебно осетлива категорија жртви кои треба видно да придонесуваат во спречувањето на нивната секундарна виктимизација. Меѓутоа, треба да се нагласи дека секое дете-жртва на кое и да било кривично дело треба да ги ужива ваквите права за да се спречи какво и да било трауматизирање и да им се обезбеди што е можно полесно враќање во нормалниот тек на животот, затоа што секо дете тоа го заслужува.

Четвртата посебна категорија на жртви истакната во ЗКП се жртвите на сексуалните деликти, во која група поточно спаѓаат жртвите на кривични дела против половата слобода и половиот морал и човечноста и меѓународното право⁹. Во оваа група се наброени пет суштински права кои се однесуваат на ова категорија жртви а имаат цел пред сè да ја спречат нивната секундарна виктимизација и да обезбедат услови на нивно ефикасно учество во кривичната постапка и во обелоденувањето на вистината:

- 1) **Право на жртвата пред сослушувањето да разговара со бесплатен советник или со полномошник доколку во постапката учествува како оштетен** – добро би било оваа одредба да предвидува одредено време кога таквата комуникација ќе се направи, оставајќи и доволно време на жртвата да контактира со советникот и застапникот и да одлучува за своето дејствување. Тоа веќе е реализирано во однос на делото *трговија со луѓе* преку бројни подзаконски акти и стратегии на владата на напредување на тој аспект. Добро би било таквата практика да се прифати за сите дела кои се набројуваат во ова категорија.
- 2) **Да биде испитувана од лице од ист пол во полиција и во јавното обвинителство** – ова исто така претставува многу важно право кое има доста големо влијание на одлуката на жртвата да соработува со органите на правда како и да добие соодветна помош.
- 3) **Да не одговори на прашања што се однесуваат на личниот живот на жртвата, а не се поврзани со кривичното дело**
- 4) **Да бара испитување со помош на визуелно-тонски средства**

⁸ Чл. 54. ст. 5 на ЗКП.

⁹ Ибид. чл. 55.

- 5) **Да бара исклучување на јавноста на главната расправа** - интересно е дека сите овие права освен второто по ред, се повторуваат во општите одредби за испитувањето на сведокот (правото под број 1 се повторува кога се зборува за положбата на оштетениот) но тука се особено истакнати како посебни права на одредена категорија жртви со цел да се појаснат изрично нивните права па според тоа, тие жртви да се поучат во врска со нивните понатамошни дејствија.

Со овие нови одредби што ги воведува, ЗКП покажа силна намера да ја подобри положбата на жртвата во кривичната постапка и ефикасно да ја заштити од секундарната виктимизација. Тоа претставува доста хумана и справедлива намера која треба да се спроведува во реалноста.

3. Дефинирање на поимот Криминал од омраза

Според дефиницијата на ОДИХР криминал од омраза претставува “секое кривично дело чиј мотив за извршување е заснован на предрасуди“. Тоа значи дека делото мора да биде предвидено во Кривичниот Законик и цел на истото може да биде лице, повеќе лица или имот кои се поврзуваат со определена група која има карактеристика која ја обележува групата како раса, вероисповед, етничка припадност, јазик итн.

Многу е важно да се истакне дека криминалот од омраза го сочинуваат два елемента:

- Прво, делото мора да биде квалификувано како кривично дело во Кривичниот законик.
- Мотивот за извршување на кривичното дело мора да е заснован на одредена предрасуда.

„Мотив заснован на предрасуди“ значи дека сторителот ја избира целта на казнивото дело врз основа на заштитените карактеристики.

Целта може да биде лице, повеќе лица или имот кои се поврзуваат со одредена група чии припадници споделуваат одредена заштитена карактеристика.

Заштитена карактеристика претставува основна или суштинска карактеристика која ја обележува групата, како, на пример, раса, вероисповед, етничка припадност, јазик или сексуална ориентација¹⁰.

¹⁰ Разбирање на криминалитетот од омраза, OSCE-ODHIR, 2014, стр. 6.

4. Компаративна анализа

Авторот на овој текст е воедно и член на Работната група за превенција на криминал од омраза формирана со иницијатива на МАНУ а поддржана од мисијата на OSCE во Скопје. Притоа, во рамки на првичните истражувања на оваа група, авторот ги анализира состојбите со реформите на казнено законство во однос на криминалот од омраза во Велика Британија и во Полска. Одредени резултати во врска со овие истражувања се презентирани во овој труд.

а. Велика Британија

Во периодот 2000-2015 година Велика Британија направила важни и големи чекори напред во дефинирањето и инкриминирањето на криминалитетот од омраза. Особено важен напредок во проширувањето на бројот на групите поврзани со криминалитетот од омраза се забележува во 2012 до 2014 година¹¹.

Имено, во една студија од 2011 година се забележува следниот заклучок:

“Видна контрадикција постои во законодавството на ВБ. Иако поширока дефиниција се користи во определување на државните политики, спак, во правен аспект, распространетоста на заштитените групи е потесна. Од правен аспект, единствено кривичните дела мотивирани од расна или религиозна предрасуда се специфично признаени додека пак поимот “злосторство од омраза” воопшто не се споменува во законите¹².”

Сепак, работите претрпили измени во периодот 2012-2014 година. Во оваа насока, би требало да се споменат неколку примарни и секундарни законски извори на правото во ВБ што тоа го докажуваат:

- 1) Член 146 на Законот за кривична правда (2003) изменет преку член 65 од Законот за Правна помош и казнување на извршителите на кривични дела од 2012 година. Со оваа измена, Законот за кривична правда во воведува “трансродовиот” идентитет.

¹¹ Challenge it, report it, stop it. (2014).

¹² Study on National Legislative Efforts to Prevent and Combat Hate Crime, Project for the American Jewish Committee Berlin, стр. 85.

- 2) Шкотскиот закон за злосторства и нередија (Scotland Crime and Disorder Act) од 1998 година вклучува 33 отежнителни околности поврзани со расната омраза
- 3) Кривични дела квалификувани преку предрасуди (Scotland Crime and Disorder Act) 2009
- 4) Законот за злосторства и нередија за Англија и Велс (1998) изменет според Законот за сигурност од терористички злосторства од 2001 година. (ENGLAND AND WALES CRIME AND DISORDER ACT 1998 (as Amended by 2001 Anti-Terrorism Crime and Security Act))

Секундарниот извор на правото во вид на Јавна наредба (од Северна Ирска) од 1987 изменета според Јавната наредба за Кривична правда од 2004 година (Public Order (Northern Ireland) Order 1987 (NI 7) as amended by The Criminal Justice (No. 2) (Northern Ireland) Order 2004), со која што се воведува Забрана за иницирање на омраза и воведување страв (STIRRING UP HATRED OR AROUSING FEAR)¹³.

Петте заштитени карактеристики кои се огледуваат во горенаведените закони се набројуваат и во Стратегијата Challenge it, report it, stop it! (2014), и тоа: раса, религија/вера, инвалидитет, сексуална ориентација и трансгеност-идентитет. Состојбата во реалноста е уште многу сериозна каде што државните служби објавуваат дека за една година во Велика Британија се случуваат околу 278,000 злосторства од омраза а од полицијата на Англија и Велс, за годината 2012/13 се регистрирале 42,236 такви злосторства. Ова покажува дека треба уште да се работи во насока на пријавување на ваквите дела имајќи ја предвид големата дискрепанција помеѓу извршените и пријавените дела.

Во Декември 2013 е донесен посебен Код за практиките за жртвата на кривичното дело (Code of Practice for Victims of Crime). Во овој Код се проширува нивото на услуги и помош за жртвите на тешките кривични дела, вклучувајќи ги тука и злосторствата од омраза а посебен таргет се ранливите категории на жртви и загрозените жртви.

Во извештајот од 2014 во врска со горенаведената “Challenge it, report it, stop it” стратегија се истакнуваат одредени предизвици за Велика Британија во однос на злосторствата од омраза:

- Злосторства од омраза кон лицата со инвалидитет: јасно е дека иако сега постојат многу јасни законски дефиниции во врска со овој вид на злосторства од омраза, сепак, во реалноста државните органи често не успеваат навремено да го спречат таквото злосторство (случајот на

¹³ <http://www.legislationline.org/topics/country/10/topic/4/subtopic/79>

болницата Winterbourne View), и затоа во овој однос останува уште многу да се прави;

- On-line злосторства од омраза: голем предизвик е спречувањето на злосторствата од омраза извршени преку мас-медиумите а истовремено зачувување на слободата на изразување.

- Екстремизмот и злосторствата од омраза: бидејќи екстремизмот е поизразен во општества каде различните групи се изолирани една од друга, треба да се продолжи да се работи кон интеграцијата на сите различни групи и на нивното заедничко работење во спречувањето на екстремизмот како појава. Тука важна улога играат самите граѓани на Велика Британија но и самата држава.

- Анти-муслиманска омраза: После убиството на Lee Rigby, евидентирани се повеќе случаи на злосторства од омраза кон муслиманското население во Велика Британија, кое кулминираше со убиството на Mohammed Saleem. Државните органи соопштуваат дека годишно се случуваат околу 70,000 злосторства од верска омраза што покажува уште еднаш колку е сериозна оваа ситуација која и понатаму останува предизвик. Во ова насока се изработени повеќе проекти¹⁴.

- Намалување на влијанието на делата извршени во вид на злосторства од омраза: Злосторствата мотивирани од расна омраза се најзастапени во сите категории (кривични дела против имотот, против јавниот ред и мир и др.) освен во категоријата на кривични дела против животот и телото каде што најзастапени се злосторствата од омраза мотивирани од предрасудите за сексуална ориентација. Останува предизвик да се наоѓаат механизми за намалување на штетата извршена преку овие дела.

b. Полска

Како што се објаснува во извештајот на HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL¹⁵, во Полското законодавство нема некои посебни кривично-правни одредби кои се однесуваат директно на “злосторства од омраза”. Сепак, државните органи на спроведување на павдата се повикуваат на определени одредби на Кривичниот законик од 1997 (“Kodeks Karny”) како правна основа за гонење на злосторствата од омраза. Посебно се релевантни следниве членови на Кривичниот законик: 118, 119, 126a, 194-196, 256 и 257.

¹⁴ Ибид. стр. 9.

¹⁵ Study on National Legislative Efforts to Prevent and Combat Hate Crime, Project for the American Jewish Committee Berlin, стр. 62.

Полскиот КЗ го прифаќа моделот на супстантивно кривично дело. Самото кривично дело е посебно бидејќи жртвата е одбрана врз основа на припаѓање на одредена група. Сепак, акумулацијата на дополнителни правни основи резултира на повисока казна. Како на пример, во случајот на телесна повреда со расна основа, извршителот ќе биде одговорен за делото телесна повреда (член 156 од КЗ) а истовремено и за делото од член 257 заради мотивот на извршување на делото.

Во овој контекст, полското кривично законодавство не дава никакви дефиниции за злосторствата од омраза. Не постојат никакви задолжителни одредби за одржување на посебни статистики за ваквите злосторства. Судовите собираат податоци за одредени правни работи. Проширеноста на ваквата активност е се регулира од Министерството за правда (*“Ministerstwo Sprawiedliwości”*) кое е надлежно да идентификува работи кои ќе се вклучат во таквите статистики. Полицијата собира подетални податоци во врска со сите истражени дела. Ваквите статистики се делат со Министерството за внатрешни работи (*“Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji”*) кое ја надгледува полицијата. Заради ова, статистиките кои ги држи полицијата се најверодостоен доказ за информации поврзани со злосторствата од омраза. Одредбите на член 257 на полскиот КЗ одредуваат дека ксенофобичните и расистички мотиви се отежнителна околност на кривичните дела против животот и телото земјаќи го предвид субстантивниот метод објаснет погоре.

Во полското кривично законодавство постојат и одредени упатства за обвинителите во врска со надзорот на истрагата. Имено, истрагите поврзани со злосторства од омраза треба да се надгледуваат од обвинители од повисок ранг со цел да се избегне избрзаниот прекин на истрага или пак непревземањето на истрага.

Заклучок

Од горенаведените анализи и истражувања може да се заклучи дека жртвите од криминал од омраза претставуваат посебна и многу чувствителна категорија на жртви. Во однос на нивните карактеристики, заедничко е дека одредени својства можат да бидат причина за виктимизација во криминалот од омраза меѓу кои најчести се: етничката припадност, расата, верата, сексуалната ориентација, политичката определеност и инвалидитетот.

Во однос на Република Македонија, може да се каже дека казненото законодавство претрпило многу значајни реформи во однос на подобрувањето на правната положба на жртвите на кривичните дела. Но во контекст на жртвите на криминал од омраза, останува уште многу да се направи.

Иманента потреба во оваа насока е подготвувањето и постапувањето по законски амандмани кои бо го реформирале Кривичниот законик но и одредени делови на ЗКП во однос на дефинирањето на криминалот од омраза како и постапувањето по таквиот криминал. Истотака, потребно е градење на специфична стратегија за истражување, следење и справување со криминалот од омраза со цел истиот ефикасно да се превенира.

Библиографија

- Бачановиќ, О. (2007). Новините во положбата на оштетениот во кривичната постапка. *Македонска Ревуја за Казнено Право и Криминологија*, стр. 215-236.
- Бачановиќ, О. (2008). Krivično-pravna zaštita žrtava krivičnih dela u Republici Makedoniji. *Temida - časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, 1, стр. 25-46.
- Bassiouni, M. C. (2006). International Recognition of Victims Rights. *Human Rights Law Review*, 6 (2), 203-279.
- Bassiouni, M. C. (2000). *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms - final report*. Commission on Human Rights - United Nations, Economic and Social Council.
- Калајдиев, Г.; Бужаровска, Г (2011). *Закон за кривичната постапка*. Скопје: Академик.
- Challenge it, report it, stop it. Delivering the Government's hate crime action plan. Home Office of UK. May 2014. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/307624/HateCrimeActionPlanProgressReport.pdf
- Hate Crimes Law Commission of UK, http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/hate_crime.htm
- Hate Crime Laws, A practical Guide, OSCE-ODIHR. <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>
- Разбирање на криминалитетот од омраза, OSCE-ODIHR, Скопје, 2014.
- Study on National Legislative Efforts to Prevent and Combat Hate Crime, Project

for the American Jewish Committee Berlin.
<http://www.ajcgermany.org/atf/cf/%7B46AEE739-55DC-4914-959A-D5BC4A990F8D%7D/AJC%20-%20Study%20on%20National%20Legislative%20Efforts%20To%20Prevent%20And%20Combat%20Hate%20Crime.pdf>

Walklate, S. (2007). *Imagining the Victim of Crime*. New York: Open University Press.

Walklate, S. (2001). The Victims' Lobby. Bo M. Ryan, S. Savage, & D. Wall, *Policy Networks in Criminal Justice*. London: Palgrave Macmillan.

Williams, B. (1999). The Victim's Charter: Citizens as Consumers of Criminal Justice Services. *Howard Journal of Criminal Justice*, 384.

TORTURE AND CRIMINAL-LAW PROTECTION OF THE HUMAN PERSON IN SOME OF THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Etlon Peppo

MSC DOCTORANT, Law firm Loloci & Associates and assistant professor (part-time), Faculty of Law, University of Tirana, Albania

e-mail: e-pepo@hotmail.com

Abstract

With the transition of the countries from a social system to another, it is understood that there have happened major changes in all the areas of life, changes which have had an effect even on the field of the illegal criminal offences including the criminal offences directed against the human person. The human rights movements have played an important role in different time periods of the human history. The human rights and their further development represent in themselves one of the ways of the realization of the social changes. The states themselves have undertaken long-term social changes through the protection of the human rights. Due to the commitments of the civil movements for the human rights, nowadays we have laws that protect, respect and guarantee the human rights and fundamental freedoms, among which: THE PROHIBITION OF TORTURE. As a consequence of the efforts of such movements, very important international documents or acts have been ratified and national laws have been implemented by the state authorities resulting in providing a complete and wide protection for the citizens. In this context, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatments or punishments constitutes a guarantee for the citizens against any kind of abuse and it represents an incontestable norm.

Keywords: *torture, prohibition of torture, criminal-law protection of the human person, Western Balkans*

Introduction

The human rights and fundamental freedoms constitute absolutely one of the main aspects of human society. The process of democratization of a country passes from the recognition and guarantee of the human rights and fundamental freedoms.

Historically, there have been numerous efforts to respect the human rights and fundamental freedoms in the name of democracy. However, often, arbitrary positions and infringements of the human rights and fundamental freedoms, the non-establishment of the appropriate institutional mechanisms by the states in order to protect these rights have led to the outrage of human dignity and to the creation of serious obstacles for the implementation of the real democracy (Zaganjori, 2002, 18). In this direction, the civil movements for the human rights have played an important role during different periods of the human history constituting in themselves one of the ways for the realization of the social changes. Namely, these social changes with global effects were followed by significant changes in all the areas of human life including the criminal offences against the human person. Following these consecutive social changes, today all the social systems are built and based on a system of values that have in center the human person and that require more and more the expanding of the human rights and fundamental freedoms, as well as the creation of a convenient and effective legal norms system in order to respond to the purpose of ensuring a broader protection to the human person, protection which among others includes also the right to physical integrity or prohibition of torture. Naturally, the extraordinary process of the society as a result of the social changes imposes a maximal attention to the physical integrity of the person, and this is not only due to the huge importance of the person's protection, but also due to the fact that it affects a very sensitive part of the human society such as the human health. Of course that any right and freedom has its specific importance and no right can be underestimated in relation to each other, but the right to physical integrity has a fundamental and particular importance. Without a full and rigorous protection of the human life and health, it would be infringed even the essence of the existence of this society.

SOCIAL CHANGES: THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND ACTS REGARDING THE PROHIBITION OF TORTURE

As a result of the developments and social changes that have happened, today we have the ratification of the international important documents and implementation of the national legislations resulting in providing a full and complete protection of the human person. In this context, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatments constitutes one of the fundamental values of the human society and a warranty for the citizens against any kind of abuse.

Indisputably, the prohibition of torture is first sanctioned in the most important international instrument for human rights and fundamental freedoms: the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, a Convention that has been

ratified by all the member states of the Council of Europe (including all the Western Balkans countries).

Specifically, article 3 (***Prohibition of torture***) of the Convention provides that:
No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

The formulation of this article points out five components that infringe the right to physical integrity and human dignity: torture, inhuman punishments, degrading punishments, inhuman treatments and degrading treatments (Pradel, Corstens & Vermeulen, 2009, 291).

Furthermore, not only the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, but also other international instruments of a particular importance such as The Universal Declaration of Human Rights adopted by the General Assembly of the UN on 10 December 1948 and the International Covenant on Civil and Political Rights respectively provide that:

“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights); and

“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation” (Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights).

On the international level, we should absolutely highlight the importance of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, which holds a special significance serving as a basis for the criminal legislation of a large number of states during the formulation of the provision of torture as a criminal offence. According to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment:

the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public

official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.¹

In particular, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment has brought the obligation over each state that has ratified such Convention to take all the necessary measures in order to ensure that all the acts of torture will be considered as offences under their criminal law and that these offences will be punishable by appropriate penalties which will take into account the grave nature of the acts.²

THE PROVISION OF THE PROHIBITION OF TORTURE IN THE NATIONAL LEGISLATIONS: THE WESTERN BALKANS COUNTRIES AND THE OBLIGATION FOR THE PROTECTION OF HUMAN PHYSICAL INTEGRITY FROM THE USE OF TORTURE

In addition to the ratification act of such international instruments which latter become part of the internal systems of states, the states themselves have also the obligation to protect the human life and health by creating an effective and precautionary system of criminal law, a system where is included even the provision and sanctioning in the criminal law of all the social dangerous and illegal actions / inactions performed intentionally and negligently directed against the human person.

The further social developments have caused a change even on the national legislations, which were cultivated with a democratic spirit and character, specifically in the guarantee of the human rights and freedoms. Such spirit has influenced even the Criminal Codes of the Western Balkans countries by pointing out the democratization and modernization of these Criminal Codes in relation to the criminal-law protection that they reserve to the important social relationships regarding the right to physical integrity and prohibition of torture. As a consequence, the prohibition of

¹ Article 1 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment.

² Article 4 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment:

1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.

torture and the right to physical integrity is a fundamental, inalienable and undeniable right that everyone has by virtue of his existence and such right cannot be infringed by anyone. Following their obligation and in function of the guarantee of the right to physical integrity and prohibition of torture, the states have provided in their criminal law the respective categories of illegal behaviours which are punishable as criminal offences directed against the human person.

In this context, it is below presented the constitutional and criminal-law protection that some of the Western Balkans countries reserve to the right to physical integrity and prohibition of torture.

The Republic of Albania

The prohibition of torture is sanctioned in the principal document of the Albanian state: The Constitution of the Republic of Albania, which in its **Article 25** expressly provides that:

*No one may be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading punishment or treatment.*³

Furthermore, **Article 15** of the Constitution provides that *the rights and fundamental freedoms are indivisible, inalienable and inviolable and stand on the base of all the judiciary system and it also provides that the organs of the public power, in fulfilment of their duties, shall respect the fundamental rights and freedoms, as well as contribute to their realisation.*⁴

In this way, one of the duties of a democratic state is the criminal-law protection of the human life and health (physical integrity) through the penalisation and sanctioning of the criminal-law offences directed against the human health. Namely, the criminal offence of torture is found in Section III of the Criminal Code of the Republic of Albania (CRIMINAL ACTS INTENTIONALLY COMMITTED AGAINST HEALTH) included in Chapter II, immediately after the chapter of CRIMES AGAINST HUMANITY, what points out the great importance that the legislator has shown for the figure of such criminal offence:

³ **Article 25:** *No one may be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading punishment or treatment.*

⁴ **Article 15 :**

- 1. The fundamental human rights and freedoms are indivisible, inalienable, and inviolable and stand at the base of the entire juridical order.*
- 2. The organs of public power, in fulfilment of their duties, shall respect the fundamental rights and freedoms, as well as contribute to their realization.*

Article 86- Torture⁵

Intentional committal of actions, as a result of which a person was subjected to severe physical or mental suffering, by a person who exercises a public function or incited or approved by him, openly or in silence, with the purpose:

- a) of obtaining from him or from another person information or confessions;*
 - b) of punishing him for an action committed or suspected to have been committed by him or another person;*
 - c) of intimidating or pressuring him or another person;*
 - ç) of any other purpose based in any form of discrimination;*
 - d) of any other inhuman or degrading action;*
- is punishable by imprisonment from four up to ten years.*

Article 87 – Torture resulting into serious consequences

Torture, like any other degrading or inhuman treatment, when it has inflicted handicap, mutilation or any permanent harm to the well-being of a person, or death, is punishable by ten to twenty years of imprisonment.

It should be emphasized that the object of such offence is generally wide including not only the legal relationships that protect the human health, but even those that refer to the protection of his dignity. Moreover, the definition of the criminal offence of “Torture” in the Criminal Code has been realised in a very precise manner referring to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment adopted by the General Assembly of UN in 1984 and without leaving any other option for interpretation. Another feature of such criminal offence is the fact that in general the subject of commission of the offence is a special subject: namely, the person exercising public functions. However, it is very important to mention the fact that the subject of commission of the criminal offence in this case is generally a special subject, but not necessarily.

In order to give a final solution to this issue, The Constitutional Court throughout its Decision No 3, dated 11.02.2004 concluded that:

“as long as the prohibition of torture and mistreatment is defined as a human right and as long as human rights are considered as indivisible, inalienable and inviolable, everyone has the right to not be subjected to torture or mistreatments, despite the fact that he is in the hands of a public officer or to an individual. The obligation of the contracting states in the international agreements to respect and secure the prohibition of torture and mistreatment

⁵ **Article 86** (amended by law no. 9686, dated 26.02.2007, Article 10) of the Criminal Code of the Republic of Albania, 1995

*consists not only in the obligation of the state to protect its citizens from the commission of torture or mistreatment by the public officers, but even in the obligation to take measures in order to protect the people against the acts of torture or mistreatment committed by the individuals too*⁶

The Criminal Code of the Republic of Albania provides a more tougher sanction for the criminal offence of “Torture resulting into serious consequences”. Namely, such sentence consists of a prison sentence from 10 to 20 years.

The Republic of Kosovo

The Constitution of the Republic of Kosovo reserves a special protection to the respect and guarantee of the right to physical integrity and prohibition of torture as one of the most fundamental human rights and freedoms by containing a special chapter in itself (Chapter II – The Human Rights and Fundamental Freedoms).

Article 21 of the above-mentioned Constitution emphasizes the fundamental importance that the protection and guarantee of such rights has⁷.

Furthermore, the Constitution of the Republic of Kosovo provides that the human rights and fundamental freedoms which are guaranteed by the international agreements and instruments such as:

- *Universal Declaration of Human Rights;*
- *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols;*
- *International Covenant on Civil and Political Rights and its Protocols; and*
- *Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment;*

Rights are also guaranteed by this Constitution and they are directly applicable in the Republic of Kosovo and, in the case of conflict, have priority over

⁶ Decision of The Constitutional Court of the Republic of Albania No.3, dated 11.02.2004

⁷ **Article 21:**

- 1. Human rights and fundamental freedoms are indivisible, inalienable and inviolable and are the basis of the legal order of the Republic of Kosovo.*
- 2. The Republic of Kosovo protects and guarantees human rights and fundamental freedoms as provided by this Constitution.*
- 3. Everyone must respect the human rights and fundamental freedoms of others.*
- 4. Fundamental rights and freedoms set forth in the Constitution are also valid for legal persons to the extent applicable.*

provisions of laws and other acts of public institutions. (Article 22 of the Republic of Kosovo)

The democratic character of the Constitution Republic of Kosovo and the complete protection that it reserves to the right to physical integrity and prohibition of torture is also distinguished in at least three other legal provisions founded in Chapter II of the same Constitution, and more specifically in:

Article 23: Human Dignity: *Human dignity is inviolable and is the basis of all human rights and fundamental freedoms.*

Article 26: Right to Personal Integrity⁸: *The right to have his/her physical and psychological integrity respected; and*

Article 27: Prohibition of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: *No one shall be subject to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.*

Additionally, the protection of the right to physical integrity is provided through the penalisation of the offence of torture that is included in CHAPTER XVII of the Criminal Code of the Republic of Kosovo: “CRIMINAL OFFENCES AGAINST LIBERTIES AND RIGHTS OF PERSONS”:

Article 199: Torture

1. An official person, or a person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official person, who commits an act of torture shall be punished by imprisonment of one (1) to fifteen (15) years.

2. When the offense provided for in paragraph 1 of this Article is committed against a child, the perpetrator shall be punished by imprisonment of three (3) to fifteen (15) years.

3. For the purposes of this Article, an act of torture means any act or omission by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for the purpose of obtaining from such person or from

⁸ **Article 26 [Right to Personal Integrity]**

Every person enjoys the right to have his/her physical and psychological integrity respected, which includes:

(1) the right to make decisions in relation to reproduction in accordance with the rules and procedures set forth by law;

(2) the right to have control over her/his body in accordance with law;

(3) the right not to undergo medical treatment against his/her will as provided by law; (4) the right not to participate in medical or scientific experiments without her/his prior consent.

a third person information or a statement, or punishing such person for an act that he or she or a third person has committed or is suspected of having committed, or for intimidating or coercing the person or a third person or for any reason based on discrimination of any kind. An act of torture does not include any act or omission arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

The act of torture, *inter alia*, is provided as a qualifying / aggravating circumstance even in other provisions of the Criminal Code of the Republic of Kosovo in connection to certain figures of criminal offences as for example the criminal offences directed against the humanity.

The Republic of Macedonia

The Constitution of the Republic of Macedonia establishes the rights and fundamental freedoms of humans and citizens, recognised in the international law and settled down in the Constitution where is included among others even the prohibition of torture as one of the fundamental values of the constitutional order.⁹

The right to physical integrity and prohibition of any kind of torture is first sanctioned in **Article 11** of the Constitution of the Republic of Macedonia where is provided in an explicit manner that:

*The human right to physical and the moral dignity is irrevocable; and that Any form of torture, or inhuman or humiliating conduct or punishment, is prohibited.*¹⁰

The prohibition of torture, as well as in the other democratic countries of the Region and Europe, is provided among others through the sanctioning in the respective criminal legislation of the criminal offence of torture as a criminal offence directed against the rights and freedoms of the humans and citizens and more precisely, it is included in The Special Part 15 of the Criminal Code of the Republic

⁹ **Article 8:**

The fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia are:

- *the basic freedoms and rights of the individual and citizen, recognized in international law and set down in the Constitution;*

¹⁰ **Article 11:**

The human right to physical and the moral dignity is irrevocable.

Any form of torture, or inhuman or humiliating conduct or punishment, is prohibited.

Forced labor is prohibited.

of Macedonia: “CRIMES AGAINST THE FREEDOMS AND RIGHTS OF HUMANS AND CITIZENS”:

Article 142 : Torture and other cruel, inhuman or humiliating activities and punishments

(1) A person who while performing his duty, as well as a person instructed by an official person or based on an agreement of the official person, shall apply force, threat or some other illicit instrument or an illicit manner with the intention to force a confession or some other statement from a defendant, a witness, an expert witness or from some other person, or will inflict on another person severe bodily or mental suffering in order to punish the other person for a crime which the other person has committed or for which the other person or some other person is under suspicion, or to intimidate him/her or to force him/her to forfeit some of his\her rights, or shall cause such suffering due to any kind of discrimination, shall be punished with imprisonment for three to eight years.

(2) If, due to the activities stipulated in paragraph 1, the damaged party has come to severe bodily harm or other especially severe consequences, the perpetrator shall be punished with imprisonment for at least four years.

The Republic of Montenegro

In the context of the guarantee and protection of the human rights and freedoms¹¹, the Constitution of the Republic of Montenegro specifically provides in its Second Part entitled “HUMAN RIGHTS AND LIBERTIES”:

Article 28: Dignity and inviolability of person

The dignity and security of a man shall be guaranteed.

The inviolability of the physical and mental integrity of a man, and privacy and individual rights thereof shall be guaranteed.

No one can be subjected to torture or inhuman or degrading treatment.

No one can be kept in slavery or servile position

Furthermore, the criminal-law protection of the human health and physical integrity is provided through the provision in the Criminal Code of the criminal

¹¹ **Article 6 of the Constitution of Montenegro: Human rights and liberties**

Montenegro shall guarantee and protect rights and liberties.

The rights and liberties shall be inviolable.

Everyone shall be obliged to respect the rights and liberties of others

offence of torture, which is founded in CHAPTER FOURTEEN (CRIMINAL OFFENCES AGAINST FREEDOMS AND RIGHTS OF MAN AND CITIZEN) of the Criminal Code of the Republic of Montenegro:

Article 137 Ill-treatment and Torture

(1) Whoever ill-treats another or treats such person in humiliating and degrading manner, shall be punished with fine or imprisonment up to one year.

(2) Whoever causes anguish to another with the aim to obtain from him or another information or confession or to intimidate him or a third party or to exert pressure on such persons, or if done from motives based on any form of discrimination, shall be punished with imprisonment from six months to five years.

(3) If the offence specified in paragraphs 1 and 2 of this Article is committed by an official in discharge of duty, such person shall be punished for the offence in paragraph 1 by imprisonment from three months to three years, and for the offence specified in paragraph 2 of this Article by imprisonment of one to eight years.

The legal comparison of the criminal law-protection of the right to physical integrity and prohibition of the torture between the countries of the Western Balkans

Taking into consideration the Constitution and Criminal Codes of the democratic states in general and some of the Western Balkans countries in particular, the duty of a democratic state, and then, the objective of the criminal law in democracy is the protection of the important social relationships from socially dangerous offences. The consumption of the offence of torture affects those social relationships that protect one of the fundamental human rights: the right to physical integrity and prohibition of the torture. Every democratic state responds to the right to physical integrity and prohibition of the torture of any person with the obligation to provide the protection of human person health by sanctioning by law the prohibition of torture and by sentencing any act / action resulting in the denial of this right. Thus, the Constitutions of some of the Western Balkans countries such as the Republic of Albania, the Republic of Kosovo, the Republic of Macedonia and the Republic of Montenegro contain a democratic spirit that is reflected not only in recognizing and guarantee of the rights and fundamental freedoms, but even in the rigorous and straight provision of the prohibition of torture.

From the comparison of all the said Constitutions of the Republic of Albania, the Republic of Kosovo, the Republic of Macedonia and the Republic of Montenegro, it is observed that the Constitution of the Republic of Kosovo reserves a special and

wide protection to the right to physical integrity and prohibition of torture. Such Constitution contains in itself a special chapter entitled "Human Rights and Freedoms", in which at least four provisions refer to the right to physical integrity and prohibition of torture. Furthermore, the first provision of the mentioned chapter is related in a direct way with the prohibition of torture and other cruel, inhumane and degrading act by explicitly providing that the human rights and fundamental freedoms guaranteed by the international agreements and instruments such as: The Universal Declaration of Human Rights, The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, The International Covenant on Civil and Political Rights and its Protocols and more specifically The Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment are also guaranteed by this Constitution and they are directly applicable in the Republic of Kosovo having priority over provisions of the national laws and other acts. Additionally, three other provisions refer to the right to physical integrity including respectively the inviolability of the human dignity, the right to personal integrity and the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatments or punishments.

Except the constitutional provisions sanctioning the prohibition of torture, the democratic character of the legislation of these states appears also in their criminal legislation where there are provided sanctions and penalties, mainly severe penalties, for any person who with his acts or omissions violates the right to physical integrity. In all the Criminal Codes of the Republics of Albania, Kosovo, Macedonia and Montenegro there are provided very severe criminal sanctions for the criminal acts of torture and other cruel, inhuman or humiliating activities and punishments.

We should mention the fact that in the Republic of Albania such offence is included in the section of *the criminal acts intentionally committed against health* comprised within the chapter of the *criminal acts against the person*, in contrast to the Criminal Codes of some other countries of the Western Balkans such as the Republic of Montenegro, the Republic of Kosovo and the Republic of Macedonia where the criminal offence of torture is included in the special chapter of the *criminal acts against the freedoms and rights of humans and citizens*.

Conclusions

Today, all the democratic systems are built and based on a system of values that have in centre the human person and that require more and more the extension of such fundamental freedoms and human rights. The right to physical integrity and prohibition of the torture as one of the fundamental human rights, as one of the most fundamental rights of the human person, reserves a special protection in the international legal instruments and acts of the main and most important matters (such as the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention of Human

Rights and Fundamental Freedoms, The International Covenant on Civil and Political Rights and The Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment), in the Constitutions of all the democratic states including those of the Western Balkans countries, as well as in their national legislations underlying in particular the democratization of the societies and states of the Western Balkans. The prohibition of torture is a fundamental, inalienable and undeniable right that everyone has by virtue of his existence and such right cannot be infringed by anyone. As a consequence, emphasizing the importance of the obligation on which the democratic government stands and taking into account the criminal law of the Republic of Albania, the Republic of Kosovo, the Republic of Macedonia and the Republic of Montenegro regarding the prohibition of torture, it is obvious that the first of all, the national law enforcement agencies of each country should prosecute any illegal and socially dangerous action / inaction which is performed intentionally or negligently and is directed against human health. Thus, by comparing the criminal law-protection of the human life, despite of the minor differences in the Criminal Codes provisions and despite of the minimum and maximum sanctions provided in such Codes, it resulted that all the Criminal Codes of the Western Balkans countries in general, and particularly the Criminal Codes of the Republic of Albania, the Republic of Kosovo, the Republic of Macedonia and the Republic of Montenegro, give an huge importance to the criminal law protection of the human person health, his physical integrity and prohibition of torture. Furthermore, the Republic of Albania, the Republic of Kosovo, the Republic of Macedonia and the Republic of Montenegro explicitly provide in their respective Constitutions that no one may be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading punishment or treatment. The protection of the human person health and in particular the prohibition of torture provided in the legislations of the Western Balkans countries (notably in their respective national Criminal Codes) is complete and does not present any major problems. Therefore, it is very important the fact that there should be done a straight and fair interpretation in practice regarding the criminal offence of torture in order to have more improvements in the prevention and prosecution of such criminal offence. For such reason, an efficient work performed by the judiciary organs including the criminal investigation bodies, Prosecutor and court bodies would help in fighting against the diffusion of these criminal offences and in the prevention thereof.

References

- Constitution of the Republic of Albania*, 1998.
- Criminal Code of the Republic of Albania*, 1995.
- Constitution of the Republic of Kosovo*, 2008.
- Criminal Code of the Republic of Kosovo*, 2013.
- Constitution of the Republic of Macedonia*, 1991.
- Criminal Code of the Republic of Macedonia*, 1996.
- Constitution of the Republic of Montenegro*, 2007.
- Criminal Code of the Republic of Montenegro*, 2004 .
- European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1950.
- Universal Declaration of Human Rights*, 1948.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment*, 1984.
- International Covenant on Civil and Political Rights*. 1976
- Zaganjori, Xh. (2002). *Democracy and rule of law*. Tirana.
- Pradel J. & Corstens G. & Vermeulen G. (2009). *The European Criminal Law*. Tirana.
- Elezi I. (2008). *Criminal law (The special part)*. Tirana.
- Decision of The Constitutional Court of the Republic of Albania No.3, dated 11.02.2004

АКТУЕЛНА ПИТАЊА РЕФОРМЕ НАСЛЕДНОГ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ¹

Новак Крстић

Правни факултет Универзитета у Нишу, Србија

e-mail: novakkrstic@yahoo.com

novak@prafak.ni.ac.rs

Анстракт

Након готово двадесет година од његовог ступања на снагу, Закон о наслеђивању Републике Србије по први пут је измењен делатношћу законодавца почетком 2015. године. Новелирање овог закона непосредно је повезано са изменама Закона о јавном бележничтву и Закона о ванпраничном поступку у сфери наслеђивања. У овом раду аутор се бави изменама у регулативи материјалноправних прописа који се односе на наслеђивање и процесних норми којима се у Србији уређује оставински поступак, нарочито наглашавајући најзначајнија питања извршене реформе. Наведеном реформом дата су значајна овлашћења јавном бележнику у наследноправним стварима, нарочито у вези са солемнизацијом уговора о доживотном киздржавању, уговора о уступању и расподели имовине за живота, као и уговора о преносу наследног дела. Ипак, ваља истаћи да од када је Закон о јавном бележничтву донет, 2011. године, извршене су значајне измене у овом пропису у правцу редукције овлашћења јавних бележника да сачињавају бројне правне послове у облику јавнобележничког записа. Такође, у Закону о наслеђивању по први пут је регулисано јавнобележничко завештање, а поступак његовог састављања прописан је Законом о ванпраничном поступку. Круг завештајних сведока стипулисан је на сасвим другачији начин него раније, па ћемо у раду указати и на ову новоту. Нарочита пажња у раду ће бити посвећена овлашћењима нотара у оставинском поступку.

Кључне речи: наследно право, реформа, јавни бележник.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018. године.

ACTUAL ISSUES OF THE SUCCESSION LAW REFORM IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Novak Krstić

Faculty of Law, University of Niš, Serbia

e-mail: novakkrstic@yahoo.com

novak@prafak.ni.ac.rs

Abstract

After almost twenty years from its enforcement, Serbian Succession Act was amended for the first time by the legislator at the beginning of the year 2015. Those amendments were well connected with the amendments made to Law on Notary Public and the Law on Non-Contentious Procedure in the sphere of succession law. In the paper author discuss about novelties in the Serbian contemporary succession law and probate proceedings, emphasizing the most important issues. The reform concerns the role of notary public in confirming lifetime maintenance agreements, contracts on the delivery and distribution of property for life, as well as contracts on transfer of an inheritance share. Since the Law on Notary Public was adopted, back in 2011, significant changes were made in this act, restricting the powers of notaries public with regard to drafting of legal transactions which have the form of notary public minutes. Also, for the first time in Serbian law the notary will (testament) has been regulated in the Succession Act, as well as the procedure of its drafting, regulated in the Law on Non-Contentious Procedure. The circle of testamental witnesses has been stipulated in a totally different way than before the amendments, so the author will need to analyze these changes, too. Special attention in the paper will be paid to the notary powers in the probate proceedings in Serbian law.

Key words: *succession law, reform, notary public.*

УВОД

Једна од основних карактеристика прописа који регулишу наследноправне односе, као усталом и добар део грађанскоправних односа уопште, јесте њихова статичност, релативна непроменљивост у дужем временском трајању. Важећи Закон о наслеђивању Републике Србије,² који је у највећој мери утемељен на својим претходницима – савезном Закону о наслеђивању из 1955. године,³ и Закону о наслеђивању СР Србије из 1974. године,⁴ умало је дочекао две деценије примене, а да законодавац ниједном није извршио захват у постојећи законски текст.⁵

Прве измене извршене су тек почетком 2015. године, и оне су дошле у првом реду као последица измена Закона о јавном бележништву,⁶ у погледу овлашћења јавног бележника да поступа у наследноправним стварима, и Закона о ванпарничном поступку,⁷ у делу којим се регулише поступак за расправљање заоставштине. Јавно бележништво, као служба од јавног поверења, заживело је у праву Републике Србије од 2011. године. Закон је испрва дао широка овлашћења јавним бележницима, нарочито када је случај са закључивањем правних послова, прописујући за бројне форму јавнобележничког записа, али су она последњим изменама, такође с почетка 2015. године, значајно редукована.

У раду ћемо указати на реформске кораке који су предузети у сфери наследноправних односа у праву Републике Србије током 2014. и на самом зачетку 2015. године. Будући да се највећи део измена деценијама важећих

² „Службени гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015. У даљем тексту и: ЗОН.

³ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/1965 и 47/1965.

⁴ „Службени гласник СРС“, бр. 52/1974, 1/1980 и 25/1982 – др. закон.

⁵ Разлога за то је више, и они нису условљени само квалитетом законског текста. Једине измене извршене су одлуком Уставног суда Србије, којом је одлучено о неуставности одредаба ЗОН-а, којима је напуштање земље војног обвезника у циљу избегавања дужности њене одбране санкционисано недостојношћу за наслеђивање. Видети: одлука Уставног суда Србије, ИУ бр. 358/95, од 25. 09. 2003. године, „Службени гласник РС“, бр. 101/2003.

⁶ „Службени гласник РС“, бр. 1/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон и 6/2015. У даљем тексту и: ЗЈБ.

⁷ „Службени гласник СРС“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „Службени гласник РС“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 и 6/2015. У даљем тексту и: ЗВП.

регула тиче овлашћења јавног бележника у вези са закључивањем уговора од значаја за наследно право, састављањем јавнобележничког завештања, као новог облика завештања, те могућности спровођења оставинског поступка и предузимања појединих радњи у оставинским стварима, најпре ће у раду бити речи о овим новотама. На крају ћемо пажњу посветити још неким интересантним изменама Закона о наслеђивању, које стоје посве независно од поменутих новела које се тичу овлашћења јавних бележника.

1. ОВЛАШЋЕЊА ЈАВНИХ БЕЛЕЖНИКА У НАСЛЕДНОПРАВНИМ СТВАРИМА

1.1 Солеmnизација правних послова

Уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота спадају у категорију облигационих уговора *sui generis*, од посебног значаја за установу наслеђивања.⁸ Од када су регулисани у нашем праву савезним Законом о наслеђивању, средином прошлога века, за њихово закључење била је предвиђена нарочито свечана форма, чији су недостаци санкционисани ништавошћу.⁹ Уговори су морали бити састављени у писменој форми и потврђени од стране судије, који је приликом солеmnизације био дужан да уговор прочита уговарачима и упозори их на правне последице закључења уговора, а нарочито на чињеницу да имовина која је обухваћена уговором не улази у заоставштину примаоца издржавања, и да се из ње не могу намирити његови нужни наследници. Идентично решење садржао је још увек важећи Закон о наслеђивању Републике Србије.¹⁰

⁸ Оваква класификација наведених уговора најшире је заступљена у теорији наследног права међу домаћим ауторима. Видети: В. Ђорђевић, Наследно право, Ниш, 1997, стр. 385; С. Сворцан, Наследно право, Крагујевац, 2006, стр. 207; Н. Стојановић, Облигационоправни уговори од посебног значаја за наследно право и установа нужног дела, Тридесет година Закона о облигационим односима *de lege lata* и *de lege ferenda*, Зборник радова, Крагујевац, 2008, стр. 450.

⁹ О значају свечане форме код ових уговора, циљу који законодавац жели постићи њеним прописивањем, као и њеној заштитној улози, видети: О. Антић, Наследно право, Београд, 2009, стр. 341; Н. Крстић, Уговор о доживотном издржавању, Мобилна правна клиника: од институције ка жртви, Ниш, 2014, стр. 207.

¹⁰ Видети: раније важеће чл. 184, ст. 1 и чл. 195, ст. 1 ЗОН.

Доношењем Закона о јавном бележништву, нотарима су дата значајна овлашћења у наследноправним стварима. Изворни текст закона прописивао је форму јавнобележничког записа, као обавезну, за бројне правне послове,¹¹ међу њима и за уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота, као и за уговор о поклону за случај смрти.¹² Поред тога, у облику јавнобележничког записа могли су се (премда нису морали) сачињавати и други правни послови у вези са наслеђивањем, као што је случај са завештањем које саставља јавни бележник, изјавом којом се нужни наследник искључује из наследства или лишава права на нужни део, као и са изјавом да се поклон дат законском наследнику, односно дуг будућег наследника према оставиоцу, неће урачунавати у његов наследни део.¹³ Наведене регуле, међутим, биле су у примени тек од 01. 09. 2014. године, када су првих 92 нотара почели са својом делатношћу на територији Републике Србије, али је и то биљократког даха. Оне су у правном животу биле релевантне само последњих неколико месеци 2014. године.

Искључива надлежност јавних бележника за састављање и потврђивање наведених правних послова укинута је изменама Закона о јавном бележништву, с почетка 2015. године, које су истовремено праћене и новелама у Закону о наслеђивању. Знатно сужавање овлашћења јавних бележника у погледу састављања исправа о закљученим правним пословима, последица је вишемесечног организованог штрајка адвоката, усмереног у правцу редукације овлашћења нотара у нашем праву, услед чега је била готово у потпуности блокирана делатност судова у Србији током дужег временског периода. Једна од најзначајних последица преговора државе са адвокатском комором била је брисање чл. 83 ЗЈБ, и измена чл. 82, ст. 1 ЗЈБ до непрепознатљивости, тако да је круг правних послова за које је као форма *ad solemnitatem* прописана форма јавнобележничког записа, сведен готово на минимум.

Важећи Закон о наслеђивању, пратећи поменуте измене ЗЈБ, прописује да се уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота морају закључити у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.¹⁴ То практично значи да уговарачи исправу о уговору коју су саставили сами, уз помоћ адвоката или неког трећег лица, презентују нотару, пред ким се врши солемнизација. Солемнизација

¹¹ Видети: раније важећи чл. 82 ЗЈБ.

¹² Видети: раније важећи чл. 82, ст. 1 тач. 6-8 ЗЈБ.

¹³ Видети: раније важећи чл. 83, ст. 1, тач. 5-10 ЗЈБ.

¹⁴ Видети: чл. 184, ст. 1 и чл. 195, ст. 1 ЗОН.

представља радњу надлежног органа којом се приватној исправи о правном послу даје доказна снага јавне исправе.¹⁵ Јавни бележник је, пре него што приступи потврђивању уговора, дужан да утврди идентитет уговарача, њихову пословну способност и испуњеност услова за закључење правног посла који му се презентује (припремни стадијум). Ако утврди да услови нису испуњени, решењем ће одбити да уговор потврди.¹⁶

Утврди ли испуњеност услова за солемнизацију уговора, јавни бележник ће бити дужан да обави законом дефинисане радње. Најпре, нотар ће уговорне стране упознати са правним последицама закључења уговора, а нарочито је обавезан да уговарачима укаже да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину примаоца издржавања, те да из ње његови нужни наследници неће моћи да намире своја потраживања.¹⁷ Потом ће се приступити солемнизацији, која се врши тако што се садржина уговора прочита уговорним странама, након чега уговарачи изјављују да уговор одговара њиховој вољи, и потом га пред нотаром потписују. Јавни бележник дужан је да сачини посебну исправу – клаузулу о потврђивању уговора, у којој се ставља напомена о томе које је радње јавни бележник предузео, те да су уговарачи пред њим потписали исправу о уговору и да њена садржина у свему одговара њиховој вољи.¹⁸ Солемнизациона клаузула прошива се јемствеником, повезује са исправом о уговору, а крајеви јемственика оверавају се печатом јавног бележника.¹⁹ Непоштовање форме, како то ЗОН изричито прописује, санкционише се ништавошћу уговора.²⁰

Свакако, нема сметње да оба ова правна посла буду закључена и у облику јавнобележничког записа, будући да је реч о строжој форми, уколико таква сагласност међу уговорним странама постоји.²¹ Форма јавнобележничког записа, приликом закључивања уговора о доживотном

¹⁵ K. Wagner, G. Knechtel, Notariatsordnung, Wien, 2000, стр. 259.

¹⁶ Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2015, стр. 255.

¹⁷ Видети: чл. 184, ст. 2 и чл. 195, ст. 2 ЗОН.

¹⁸ Детаљно о поступку солемнизације правних послова од стране јавног бележника: Д. Ђурђевић, Јавнобележничка делатност, Београд, 2014, стр. 233 и даље.

¹⁹ Д. Ђурђевић, Институције наследног права, стр. 256.

²⁰ Видети: чл. 184, ст. 3 и чл. 195, ст. 3 ЗОН.

²¹ Сходно чл. 69, ст. 1 Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна пovelа), којим је прописана могућност за уговараче да посебно уговоре форму у којој ће уговор бити закључен, која би била услов његове пуноважности.

издржавању, биће, међутим, обавезна у једном случају. Наиме, када се на основу овог уговора располаже непокретном ствари, а прималац издржавања је лице које је пословно неспособно, ЗЈБ прописује да се уговор мора закључити у облику јавнобележничког записа.²² Закон не стипулише експлиците да ли се ова форма захтева и када је прималац издржавања ограничено пословно способно лице, а не само потпуно пословно неспособно. У доктрини се указује да ово законско решење треба тумачити у правцу да је облик јавнобележничког записа обавезан и када је лице делимично лишено пословне способности.²³

На крају, ваља истаћи да се у форми јавнобележнички солемнизоване исправе закључује и уговор о преносу наследног дела.²⁴ Закон не прецизира да ли се ова форма захтева само приликом преноса наследног дела другом санаследнику који *in concreto* наслеђује, или и у случају када се пренос врши у корист трећег лица. Одсуство јасног решења упућује на закључак да се наведена форма захтева без обзира на субјекта коме се уговором наследни део уступа.

1.2 Сачињавање јавнобележничког завештања

Као што смо већ указали, изворни текст ЗЈБ прописивао је само као могућност да се завештање пред јавним бележником сачини у облику јавнобележничког записа. Изменама ЗОН-а почетком текуће године, као обавезна форма сачињавања завештања пред нотаром прописана је форма јавнобележничког записа,²⁵ те за овај облик завештања важе правила Закона о јавном бележничтву која уређују садржину јавнобележничког записа.²⁶ Завештање се сачињава према правилима Закона о ванпарничном поступку којима је прописан поступак за састављање исправе пред јавним бележником, а која имају општи карактер и важе за све исправе, као и према посебним правилима садржаним у чл. 183 ЗВП, која се односе само на завештање.

²² Наведено важи за све правне послове где се кумулативно стичу два услова: када је предмет уговора пренос права власништва на непокретној ствари и када је власник ствари лице које нема пословну способност. Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ.

²³ Д. Ђурђевић, Институције наследног права, стр. 255.

²⁴ Видети: чл. 231, ст. 2 ЗОН.

²⁵ Видети: чл. 111а ЗОН.

²⁶ Видети: чл. 84 ЗЈБ.

Јавнобележничко завештање девети је облик завештања у српском праву, по свему равноправан са осталим облицима.²⁷ Реч је о писменом, јавном и редовном облику завештања, који према казивању завештаоца сачињава јавни бележник. Може га, баш као и судско завештање, сачинити било које завештајно способно лице без ограничења, без обзира на неписменост, постојање извесног физичког недостатка и слично. Надлежан за састављање овог облика завештање јесте сваки јавни бележник, независно од места пребивалишта или боравишта завештаоца, или места где се налази заоставштина.²⁸ Завештање се, по правилу, саставља у канцеларији јавног бележника, али ће он по потреби завештање сачинити и ван канцеларије, када за то постоје нарочито оправдани разлози (старост или болест завештаоца, или неки други разлог који завештаоца спречава да дође у канцеларију нотара).²⁹ Завештање нотар може сачинити само у границама свог службеног седишта, осим ако што друго није прописано законом.³⁰

Приликом састављања нотарског завештања, пролази се, како се у теорији указује, кроз три стадијума: припремни стадијум, стадијум писмене редакције завештаоцеве последње воље и стадијум потврђивања завештања.³¹ Пре сачињавања завештања, јавни бележник дужан је да утврди идентитет завештаоца,³² и његову завештајну способност.³³

²⁷ Закон о наслеђивању, поред јавнобележничког, познаје и својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима, судско, међународно, конзуларно, бродско, војно и усмено завештање.

²⁸ Видети: чл. 165, ст. 1 ЗВП. Наведено важи и уколико се завештањем располаже непокретном ствари, што изричито стипулише чл. 165, ст. 3 ЗВП.

²⁹ Видети: чл. 165, ст. 2 ЗВП.

³⁰ Видети: чл. 165, ст. 3 ЗВП.

³¹ Д. Ђурђевић, Институције наследног права, стр. 135.

³² Идентитет завештаоца сада се утврђује на 2 начина: 1. увидом у службени документ са фотографијом (лична карта, пасош, возачка дозвола и слично), или 2. изјавама два сведока идентитета, чији се идентитет утврђује увидом у службени документ са фотографијом (чл. 168, ст. 1 и чл. 169, ст. 2 ЗВП). Ако се идентитет не може утврдити на један од ова два начина, или ако нотар не стекне уверење да је завешталац лице за које се издаје, одбиће да сачини исправу. Раније је било могуће утврдити идентитет завештаоца, приликом састављања неког од облика јавног завештања, и на начин да је овлашћено лице у записник о сачињавању завештања могло унети податак да му је завешталац лично познат.

³³ Да је лице навршило 15 година живота, колики је доњи праг за сачињавање пуноважног завештања у српском праву, утврђује се *prima facie* или, у случају сумње, увидом у релевантан документ из кога се може утврдити старост једног

Нотар је дужан да завештаоцу укаже на смисао завештања, његове правне последице, а нарочито да упозна завештаоца са правилима о нужном делу.³⁴ Када закључи да су испуњени услови за састављање завештања, нотар ће га сачинити према казивању завештаоца, настојећи да што верније унесе садржину последње воље у исправу, истовремено водећи рачуна да воља завештаоца буде јасно изражена,³⁵ у чему се огледа тзв. консултантска функција бележника.³⁶ Уколико су завештајне одредбе нејасне, неразумљиве или двосмислене, јавни бележник ће на то упозорити завештаоца, а ако овај инсистира на њиховом уношењу, у исправу о завештању ће ставити упозорење о томе.³⁷ Једино када утврди да је садржина завештања противна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, нотар ће бити дужан да одбије да састави исправу.³⁸

Након сачињавања завештања, прелази се у последњу и најзначајнију фазу – фазу рекогниције завештања. Завешталац се најпре упознаје са његовом садржином, тако што му се садржина исправе чита у присуству јавног бележника.³⁹ То значи да исправу не мора да прочита сâм јавни бележник, већ то може учинити и треће лице, као и завешталац лично, када тако што захтева, али је свакако неопходно да јавни бележник буде све време присутан. Када завешталац изричито изјави да је његова воља у свему верно унета, потписаће исправу о завештању, а нотар ће ставити напомену непосредно изнад дела где

лица. Осим тога, јавни бележник дужан је да испита постојање способности за расуђивање код завештаоца, тако што ће са њим обавити краћи разговор. За утврђивање способности за расуђивање у теорији се предлаже употреба тзв. Дејвидсонових критеријума, и постављање питања завештаоцу према унапред утврђеној шеми. Више о томе: Н. Стојановић, З. Тирић, Правни и психијатријски аспект завештајне способности, Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, Зборник радова, Ниш, 2010, стр. 71-72. У сваком случају, питања која се завештаоцу постављају морају да буду таква да се утврди очуваност његових когнитивних функција и вољно-мотивационих процеса, те непостојање утицаја на вољу завештаоца.

³⁴ Видети: чл. 172, ст. 1 и чл. 183, ст. 5 ЗВП.

³⁵ Видети: чл. 171, ст. 2 ЗВП.

³⁶ Више: Д. Ђурђевић, Институције наследног права, стр. 136-137.

³⁷ Видети: чл. 172, ст. 3 и 4 ЗВП. Ако се завешталац противи уношењу упозорења у исправу, јавни бележник ће одбити сачињавање завештања.

³⁸ Видети: чл. 172, ст. 1 и 2 ЗВП.

³⁹ Видети: чл. 173, ст. 1 ЗВП.

се потписује завешталац, у коју ће унети да су све прописане радње обављене.⁴⁰ Присуство завештајних сведока није потребно.

Осим редовног, горе изложеног поступка сачињавања јавнобележничког завештања, ЗВП прописује посебан поступак када се у улози завештаоца јавља лице које је глуво, немо, слепо, неписмено, или из неког другог разлога није способно да чита и пише, односно када не зна језик који је у службеној употреби. У зависности од недостатака које постоје код завештаоца, законодавац захтева присуство једног или два сведока,⁴¹ чија улога се састоји у томе да својим потписом потврде да су обављене све радње којима је присуствовао – тј. да је завешталац признао завештање за своје и да га је потписао, односно ставио свој рукознак.

Легислатор прописује присуство (најмање) једног сведока (уз обавезно присуство јавног бележника), када завешталац није у стању да говори или да чује. Завештаоцу који не може да говори, чита се завештање, након чега га он признаје климањем главе или на неки други несумњив начин, и потом потписује,⁴² док завешталац који не чује, завештање чита сâм, признаје га и потписује.⁴³

Присуство (најмање) два сведока (и нотара) захтева се када завешталац због слабовидости, неписмености или из неког другог разлога није у стању да чита или пише, као и када не познаје језик који је у службеној употреби. Пошто се у присуству ових лица завештаоцу прочита завештање, он га признаје и потписује. Завештаоцу који не зна службени језик на коме се саставља завештање, оно се чита преко судског преводиоца, док се завештаоцу који није у стању да чује, али ни да чита, садржина завештања саопштава преко тумача.⁴⁴

⁴⁰ Видети: чл. 173, ст. 2 и 4 ЗВП.

⁴¹ Чини се да нема никаквих сметњи да сачињавању завештања присуствује и више сведока од законом прописаног броја, уколико то захтева завешталац или се са тиме сагласи, јер сматрамо да је број сведока које законодавац захтева у ствари минималан, а не обавезан број сведока.

⁴² Видети: чл. 174 ЗВП.

⁴³ Видети: чл. 175 ЗВП.

⁴⁴ Видети: чл. 177, ст. 1 и чл. 178, ст. 1 ЗВП. Идентитет судског преводиоца, односно тумача, уколико није лично познат јавном бележнику, утврђује се увидом у службени документ са фотографијом. Ова лица дужна су да се на исправу о завештању потпишу и ставе печат, чиме потврђују да су верно пренели садржину исправе завештаоцу, као и све одговоре и објашњења јавног бележника.

Осим лица која се не могу наћи у улози сведока код било ког облика завештања, о чему ће бити речи касније, ЗВП посебно прописује да завештајни сведок при сачињавању јавнобележничког завештања не може бити ни лице које ради у јавнобележничкој канцеларији или које је у служби код нотара; које је јавном бележнику крвни сродник у правој линији, побочни сродник закључно са четвртим степеном сродства, тазбински сродник закључно са другим степеном сродства, сродник по усвојењу, супружник, бивши супружник, ванбрачни партнер, бивши ванбрачни партнер, старалац, бивши старалац, штићеник или бивши штићеник; као ни лице које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу на чији правни положај непосредно или посредно може утицати завештање; као и лице на чији правни положај непосредно или посредно може утицати завештање.⁴⁵ Поред тога, не могу се јавити као завештајни сведоци ни лица која нису пунолетна, потпуно пословно способна, писмена, као ни лица која не знају језик на коме се саставља исправа.⁴⁶ Када завешталац не зна језик који је у службеној употреби, завештајни сведоци морају знати и службени језик и језик завештаоца (на коме је разговарао са преводиоцем и износио своју последњу вољу, односно језик на коме му је садржина завештања саопштена), а када је завешталац лице које није у стању да чује, а не може ни да чита, сведоци морају знати и језик на коме је сачињена исправа, али и бити способни да се споразумеју са завештаоцем (тј. морају знати знаковни језик).⁴⁷

Посебна правила легислатор је стипулисао за случај да завешталац не може да се потпише, из било ког разлога. Да би се избегло потенцијално различито поступање међу јавним бележницима, прописано је да завешталац ставља отисак кажипрста десне руке уместо потписа. Ако нема овај прст, ставиће отисак првог прста десне руке који има, следећим редоследом: средњи прст, домали прст (прстењак), мали прст, палац. Ако нема прсте десне руке, ставиће отисак једног од прстију са леве руке, по наведеном редоследу. Када завешталац не може ставити отисак прста, потписаће га један од позваних сведока (законом није прописано да ли то лице овлашћује завешталац лично,

⁴⁵ Видети: чл. 182, ст. 3 ЗВП.

⁴⁶ Аргумент из чл. 182, ст. 2 ЗВП. У литератури се исправно указује да по логици ствари улогу завештајног сведока не може играти ни лице које је слепо или из било ког другог разлога не може да прочита завештање, односно да се споразуме са завештаоцем. Д. Ђурђевић, Институције наследног права, стр. 139.

⁴⁷ Видети: чл. 177, ст. 1 и чл. 178, ст. 2 ЗВП.

или пак јавни бележник). На крају, нотар ставља напомену о томе како је завешталац потписан.⁴⁸

По окончању поступка за састављање јавнобележничког завештања, јавни бележник га предаје завештаоцу. Завешталац, мишљења смо, може изразити вољу да се завештање чува код јавног бележника, о чему се саставља посебан записник, а завештаоцу издаје потврда о предаји завештања на чување.

1.3 Улога јавних бележника у оставинском поступку

До измена Закона о ванпарничном поступку, поступак за расправљање заоставштине водио се пред основним судом, у чијој је искључивој надлежности био. Новелирани ЗВП прописује да оставински суд може, доношењем решења конститутивног карактера, поверити спровођење оставинског поступка јавном бележнику,⁴⁹ уколико за то не постоје сметње.⁵⁰

⁵¹ Реч је, дакле, о делегираној, а не изворној надлежности јавних бележника, те

⁴⁸ Видети: чл. 179 ЗВП.

⁴⁹ И пре измена Закона о ванпарничном поступку, у теорији се указивало да су се норме Закона о јавном бележништву, применом тумачења *argumentum a contrario*, могле протумачити на начин да јавном бележнику може бити поверено вођење оставинског поступка, будући да су у овом пропису били набројани поступци који се нису смели поверавати јавним бележницима. Видети: Н. Стојановић, Улога јавних бележника у наследноправним стварима, Правни живот, бр. 12/2011, стр. 43-44.

⁵⁰ Видети: чл. 110а у вези са чл. 30а, ст. 2 ЗВП. Које су то сметње које би спречавале поверавање спровођења оставинског поступка нотару, није прецизирано законом, што ће свакако довести до разнолике судске праксе. Више: Н. Стојановић, Ј. Видић Трнинић, Поступак за расправљање заоставштине у Србији, Ниш, 2015, стр. 36.

⁵¹ На простору бивше Југославије срећу се различита решења у погледу овлашћења јавних бележника да спроводе оставинске поступке. У Федерацији БиХ и у Хрватској, оставински суд решењем поверава вођење оставинског поступка нотарима, с тим што им може из важних разлога одузети даље вођење поступка (чл. 257 Закона о наслеђивању Федерације БиХ и чл. 241 Закона о наслеђивању Хрватске). У Црној Гори и Македонији спровођење оставинског поступка нотарима решењем поверава председник основног суда, на основу извршене процене стања у суду (чл. 147 Закона о ванпарничном поступку Срне Горе и чл. 131 Закона за ванпарнична постапка Македоније). У Републици Српској се нотару може поверити спровођење овог поступка само на захтев наследника, уз испуњење додатних услова прописаних чл. 145 Закона о ванпарничном

суд самостално процењује да ли ће и када донети решење о поверавању спровођења поступка нотару. Јавном бележнику се спровођење оставинског поступка може поверити само ако је за наслеђивање меродавно право Републике Србије – када то није случај, суд је искључиво надлежан да спроведе поступак. Спровођење поступка за расправљање заоставштине редовно се поверава бележнику који је сачинио смртваницу. Он је дужан да се прихвати посла који му је поверен, осим уколико постоји разлог за његовим искључењем или изузећем, односно ако га нека објективна околност спречава да поверени посао прихвати. Оправданост разлога за одбијање цени суд који је решењем поверио спровођење поступка јавном бележнику, и када утврди да су разлози на месту, наредиће јавном бележнику да врати списе предмета у року од 7 дана у суд.⁵² Нотару може бити поверено вођење само првостепеног поступка за расправљање заоставштине. По жалби на решење које је донео јавни бележник увек одлучује суд.

Решењем којим поверава поступак за расправљање заоставштине нотару, суд одређује и рок у оквиру кога поверени посао треба да буде окончан. У случају немогућности испуњења рока, нотар је дужан да о томе обавести суд и образложи разлоге немогућности поштовања рока, на бази чега суд одлучује о томе да ли ће рок продужити, поверити његово спровођење другом јавном бележнику или ће самостално спровести поступак до краја.⁵³ Закон, међутим, не регулише ситуацију када јавни бележник није испоштовао одређени рок, нити је о његовом прекорачењу обавестио суд, те се поставља питање може ли суд, у оквиру своје надзорне функције, тада преузети поступак од јавног бележника и самостално га окончати.

Само уколико суд оцени да нотар неоправдано одуговлачи поступак, или ради на штету учесника у поступку, стварајући им непотребне трошкове, као и када то налажу други оправдани разлози, суд може решењем, против кога жалба није допуштена, одузети посао поверен јавном бележнику.⁵⁴ Закон, међутим, не прописује ко ће у том случају наставити поступак. У правној књижевности износи се мишљење по коме разлози ефикасности, додали бисмо и економичности и целисходности, указују да је најбоље решење да оставински поступак настави и оконча суд.⁵⁵

поступку Републике Српске. Једино се у Словенији законодавац није определио да повери вођење поступка за расправљање заоставштине нотару.

⁵² Видети: чл. 30г ЗВП.

⁵³ Видети: чл. 30ђ ЗВП.

⁵⁴ Видети: чл. 30ж, ст. 1 и 2 ЗВП.

⁵⁵ Н. Стојановић, Ј. Видић Трнинић, *op. cit.*, стр. 38.

Закон о ванпарничном поступку прописује и друга овлашћења за јавног бележника у оставинским стварима. Састављање смртовнице, јавне исправе која садржи релевантне податке о преминулом лицу, његовим наследницима, саставу заоставштине итд, у изворној је, али не и искључивој надлежности јавних бележника. Решењем декларативног карактера оставински суд, који је за смрт лица сазнао након што му је надлежни матичар доставио извод из матичне књиге умрлих, поверава јавном бележнику да састави смртовницу,⁵⁶ осим ако процени да је целисходно да то сам учини.⁵⁷ Надлежан за састављање смртовнице јесте нотар на чијем се службеном подручју налазило последње пребивалиште или боравиште оставиоца, односно на чијем се службеном подручју налази заоставштина или њен претежни део, када оставилац није имао пребивалиште нити боравиште у Србији.⁵⁸ Дужност јавног бележника је да у року од 30 дана од дана пријема решења којим му је састављање смртовнице поверено, достави оставинском суду потпуну смртовницу.⁵⁹ Уколико суду буде достављена непотпуна смртовница, он ће одлучити да ли да смртовницу састави сам у суду, или да то ван суда учини судијски помоћник.⁶⁰

Док не преда смртовницу, законодавац овлашћује нотара да, када нађе да је то потребно, одреди привремену меру за обезбеђење заоставштине. У случају када околности налажу посебну опрезност у поступању, нотар по службеној дужности доноси решење којим се заоставштина или њен део поверавају на чување поузданом лицу. Готов новац, драгоцености, хартије од вредности итд. могу се предати на чување и јавном бележнику на чијем се подручју налазе. Осим наведеног, у његовој надлежности може бити и доношење решења о печатењу стана, појединих просторија у стану или других просторија које су припадале оставиоцу.⁶¹

Јавни бележник, на основу одлуке суда, врши и попис и процену вредности заоставштине.⁶² Одлука суда није потребна у случају када, приликом састављања смртовнице, захтев за вршењем пописа и процене заоставштине истакну наследници или испорукопримци, већ је тада нотар

⁵⁶ Видети: чл. 92, ст. 2 ЗВП.

⁵⁷ Видети: чл. 94, ст. 2 ЗВП.

⁵⁸ Видети: чл. 92, ст. 3 ЗВП.

⁵⁹ Видети: чл. 92, ст. 4 ЗВП.

⁶⁰ Видети: чл. 94, ст. 1 ЗВП.

⁶¹ Видети: чл. 102, ст. 1 ЗВП.

⁶² Видети: чл. 96, ст. 1 ЗВП, у вези са чл. 88, ст. 1, тач. 3 ЗЈБ.

дужан да поступи по овом захтеву.⁶³ О извршеном попису заоставштине и процени њене вредности јавни бележник саставља записник, који је дужан да достави и оставинском суду, и свим осталим учесницима у поступку, а уколико не предузме ову меру за обезбеђење заоставштине, то може учинити судијски помоћник оставинског суда.⁶⁴ У року од 8 дана од пријема записника, сваки учесник поступка пописа и процене вредности заоставштине може против њега истаћи приговор, у ком случају суд може одредити да попис и процену изврши други јавни бележник или судијски помоћник.⁶⁵

Треба истаћи да до окончања рада на овом чланку, упркос томе што је од почетка примене свих норми Закона о јавном бележништву протекло више од годину дана, ове одредбе и даље представљају мртво слово на папиру, будући да до сада јавним бележницима није било поверено вођење оставинских поступака, нити су уопште поступали у наследноправним стварима (састављање смртовнице, вршење пописа и процене вредности заоставштине, итд.).

2. О ОСТАЛИМ НОВОТАМА У ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ

Осим унетих новина у Закону о наслеђивању које се тичу поверавања састављања појединих облика завештања јавним бележницима и потврђивања уговора од значаја за установу наслеђивања, о којима је било речи, нарочито интересантна измена тиче се круга лица који не могу бити у улози завештајног сведока. Наиме, према раније важећем решењу, завештајни сведоци нису могли бити завештаочеви потомци, усвојеници и њихови потомци, преци, усвојиоци, такође ни крвни сродници у побочној линији до четвртог степена сродства закључно, супружници свих ових лица, као и супружник самог завештаоца.⁶⁶

Новелираним чл. 113, ст. 1 ЗОН-а, круг лица којима се забрањује да буду завештајни сведоци с једне стране се сужава, а с друге и значајно проширује. Закон уводи нове категорије субјеката у праву који се не могу наћи у овој улози, док се забрана да буду завештајни сведоци више не односи

⁶³ Видети: чл. 96, ст. 2 ЗВП.

⁶⁴ Видети: чл. 99а ЗВП.

⁶⁵ Видети: чл. 100, ст. 1 и 2 ЗВП.

⁶⁶ Видети: раније важећи чл. 113, ст. 1 ЗОН. Наведена лица нису могла ни сачинити завештање по казивању завештаоца у својству судије или овлашћеног лица када се завештање сачињава према правилима за састављање судског завештања.

на све супружнике оних сродника који према пређашњем решењу нису могли бити сведоци при сачињавању завештања.

Оно што је нарочито занимљиво јесте чињеница да се новим решењем по први пут у Закону о наслеђивању препознаје ванбрачни партнер и признаје извесни значај ванбрачној вези, премда се оно тиче забране ванбрачним партнерима да се нађу у улози завештајних сведока, док када је у питању остваривање права наслеђа према преминулом партнеру, ЗОН о томе још увек нема ни помена. У улози завештајних сведока, као и до сада, не могу се наћи крвни сродници у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно до четвртог степена сродства, адоптивни сродници и супружник. Круг лица на које се забрана односи проширен је на начин да састављању завештања не могу сведочити ни бивши супружник завештаоца, његов ванбрачни партнер или бивши ванбрачни партнер, старалац или штићеник, односно бивши старалац или штићеник, као и тазбински сродници до другог степена сродства закључно. *Ratio* оваквог решења може се наћи у интенцији легислатора да у највећој могућој мери превенира евентуалан негативан утицај који наведена лица могу извршити на завештаоца и његову последњу вољу у погледу располагања заоставштином.

Осим надлежности за сачињавање посебног облика завештања у форми јавнобележничког записа, изменама чл. 95 ЗОН-а, поред судије, дипломатског или конзуларног представника, заповедника брода и војног старешине, и јавни бележник је овлашћен да поступа приликом састављања међународног завештања, које се сачињава сходно одредбама Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестаментa из 1973. године, коју је наша држава ратификовала законом четири године касније.⁶⁷

Коначно, ваља указати да је допуњен и чл. 160, ст. 1 ЗОН-а, којим се стипулише ништавост појединих одредаба у завештању којима се нешто оставља дефинисаном кругу субјеката, како би се спречиле злоупотребе и недопуштен утицај на слободну вољу завештаоца. Унета новина у већ постојећу регулу јесте да се код јавних форми завештања ништавим сматра одредба којом је завешталац располагао имовинским правом из заоставштине у корист поступајућег јавног бележника, пред којим је завештање сачињено, његовим потомцима, прецима, браћи и сестрама, као и супружнику. Одредбе у јавнобележничком завештању, којима се нешто оставља завештајним

⁶⁷ „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 3/1977. Норме ове Конвенције инкорпорисане су у текст Закона о наслеђивању (чл. 92-107).

сведоцима, њиховим потомцима, прецима, браћи и сестрама и супружницима, ништаве су, такође, *ex lege*.⁶⁸

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

После готово две деценије примене Закона о наслеђивању, и више од три деценије примене норми Закона о ванпарничном поступку које уређују поступак за расправљање заоставштине, по први пут су извршени значајнији захвати у нормативу која регулише сферу наследноправних односа. Они су првенствено мотивисани увођењем јавног бележништва у правни систем Републике Србије, и идејом законодавца да представницима ове службе од јавног поверења у надлежност повери значајна овлашћења у вези са оставинским стварима и установом наслеђивања. Тиме се ишло ка растерећењу судова, нарочито када су у питању правни послови за чију је солемнизацију било прописано обавезно учешће судија, а свакако и када је у питању вођење појединих судских поступака, који сада могу бити поверени јавним бележницима. Иако су јавни бележници изгубили искључиво овлашћење да бројне правне послове сачине у форми јавнобележничког записа, као што је то било прописано у изворном тексту Закона о јавном бележничтву, може се констатовати да су овлашћења јавних бележника, бар када је реч о области наследноправних односа, значајна, али је проблем што се у пракси за сада слабо или никако примењују, нарочито када је реч о оставинским стварима.

Ако изузмемо поменуте измене у законодавству које се тичу поступања нотара, можемо констатовати да српски законодавац није испунио очекивања, јер су многа решења, на потребу чијих измена је указивала и теорија и пракса,⁶⁹ остала нетакнута. Можда ће значајније промене наследноправна регулатива претрпети када једног дана Грађански законик Србије угледа светлост дана. Јавна расправа поводом објављеног Нацрта Грађанског законика је у току. Она је незванично отворена 14. децембра 2014. године на Копаоничкој школи природног права, од стране проф. др Слободана Перовића, председника Комисије за израду Грађанског законика, а званично је спровођење јавне расправе одређено закључком надлежног Владиног одбора

⁶⁸ Видети измењени чл. 160, ст. 2 ЗОН.

⁶⁹ О неким идејама у погледу неопходности захвата у постојећа законска решења, детаљније: Н. Крстић, Расправа о кругу субјеката којима се признаје право на нужни део, Social change in the global world, First international scientific conference, Shtip, Goce Delcev University, 2014, стр. 311 и даље.

25. јуна 2015. године. Утисак је, ипак, да је ово била идеална прилика да се изврше и дубљи захвати у законски текст, кад је већ покренут читав законодавни механизам за измене и допуне које су законски текстови претрпели.

Литература

- Ангић, О. Наследно право, Београд, 2009;
- Ђорђевић, В. Наследно право, Ниш, 1997;
- Ђурђевић, Д. Институције наследног права, Београд, 2015;
- Ђурђевић, Д. Јавнобележничка делатност, Београд, 2014;
- Крстић, Н. Расправа о кругу субјеката којима се признаје право на нужни део, Social change in the global world, First international scientific conference, Shtip, Goce Delcev University, 2014;
- Крстић, Н. Уговор о доживотном издржавању, Мобилна правна клиника: од институције ка жртви, Ниш, 2014;
- Сворцан, С. Наследно право, Крагујевац, 2006;
- Станковић, Г. Поступак за потврђивање садржине уговора о доживотном издржавању, Уговор о доживотном издржавању, Зборник радова, Ниш, 1997;
- Стојановић, Н. Облигационоправни уговори од посебног значаја за наследно право и установа нужног дела, Тридесет година Закона о облигационим односима de lege lata и de lege ferenda, Зборник радова, Крагујевац, 2008;
- Стојановић, Н. Улога јавних бележника у наследноправним стварима, Правни живот, бр. 12/2011;
- Стојановић, Н., Видић Трнинић, Ј. Поступак за расправљање заоставштине у Србији, Ниш, 2015;
- Стојановић, Н., Тирић, З. Правни и психијатријски аспект завештајне способности, Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, Зборник радова, Ниш, 2010;
- Wagner, K., Knechtel, G. Notariatsordnung, Wien, 2000;
- Закон за вонпарнична постапка Македоније („Службен весник на РМ“, бр. 9/2008);

- Закон о ванпарничном поступку Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „Службени гласник РС“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 и 6/2015);
- Закон о ванпарничном поступку Републике Српске („Службени гласник Р. Српске“, бр. 36/2009);
- Zakon o vanparničnom postupku Crne Gore („Službeni list CG“, бр. 27/2006);
- Закон о јавном бележничтву Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 1/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон и 6/2015);
- Закон о наслеђивању ФНРЈ („Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/1965 и 47/1965);
- Закон о наслеђивању СР Србије („Службени гласник РС“, бр. 52/1974, 1/1980 и 25/1982 – др. закон);
- Закон о наслеђивању Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015);
- Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, бр. 80/2014);
- Zakon o nasljeđivanju Hrvatske („Narodne novine“, бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015);
- Закон о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља);
- Закон о ратификацији Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестаментa („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 3/1977).

КАУЗАЛИТЕТ ВО РАМКИ НА ГРАЃАНСКО-ПРАВНАТА ОДГОВОРНОСТ ЗА НУКЛЕАРНА ШТЕТА

Марија Амповска

Доктор на правни науки, Универзитет "Гоце Делчев" Штип, Македонија

e-mail: marija.radevska@ugd.edu.mk

Апстракт

Трудот му пристапува на прашањето за каузалитет во отштетното право, поконкретно во рамки на институтот граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета. Каузалитетот помеѓу штетното дејствие и штетата како еден од општите услови за настанување на облигациониот однос во рамки на правилата за нуклеарна одговорност претрпува измени и адаптации кои влијаат на самиот институт и му даваат карактеристики на *sui generis* институт во поглед на општите правила на отштетното право. Ова соодветствува со самиот факт што граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета, без сомнение, претставува и самата *sui generis* одговорност. Трудот го прикажува влијанието на оваа одговорност врз институтот "каузалитет" и размислувањата на правната доктрина, како и правните решенија применети во конкретни правни акти и извори по повод ова прашање.

Клучни зборови: *граѓанско-правна одговорност, нуклеарна штета, каузалитет.*

Abstract

The paper focuses on the causation in tort law, or to be more specific, the causation as a part of the nuclear civil liability. The causation between the damage and the act of wrongdoing, or the tort, is one of the general terms for the birth of the obligation. But, within the civil nuclear liability the causation suffers changes and adaptations that lead us to the conclusion that we are talking about *sui generis* institute compared to the rules of the ordinary tort law. This is in correlation with the fact that the nuclear liability, without doubt, is *sui generis* liability. Therefore, this paper presents the influence that the nuclear liability has had on the institute causation, the points of view in the law doctrine, as well as the concrete legal solution in legal acts and models.

Keywords: *civil liability, nuclear damage, causation, nuclear liability.*

1. Општо за каузалитетот во рамки на институтот граѓанско-правна одговорност за причинета штета

Секоја појава во природата и во општеството е последица на некоја друга појава која временски ѝ претходела и која ја нарекуваме – причина, а односот помеѓу две појави од кои едната ја условила другата се нарекува причинска врска или однос на каузалитет. Причината и причинската врска се природни појави и нив првенствено ги проучуваат природните науки и филозофијата. Според професорот Радишиќ Ј., филозофскиот поим "причина" најпотполно го дефинирал John Stuart Mill, велејќи дека причина претставува збир на позитивни и негативни услови, вкупност на евентуалности од сите видови при чие дејствување неизбежно следува последица.¹

Кога причинската врска ќе се разгледува рестриктивно и емпириски, таа може да добие функционална димензија, може да се сегментира и тогаш може да се изрази нејзиниот правен аспект.² На овој начин се доаѓа до поимот *правен или јуристички каузалитет* којшто е значајно потесен од поимот причина во смисла на природните науки, а "*...поимот причинска врска во филозофска смисла и во смисла на природните науки служи како основана која и правникот мора да го изгради своето сфаќање за каузалитетот.*"³ Прифаќањето на правниот поим на каузалитет од страна на правната теорија означува дека во правото не се земаат во предвид сите услови (факти кои со својата вкупност условиле некоја појава), туку само некои, кои како поблизок услов – причина доведле до појава на конкретна штета. Правниот поим на каузалитетот означува пронаоѓање на патот кој овозможува од бескрајната низа на причини да се издвојат оние кои за одредена последица се правно релевантни.⁴ Во правната теорија се среќаваме со одредување на граѓанскоправниот поим на причинската врска кој се применува во рамки на правилата за објективна одговорност како "*однос помеѓу дејствие, опасна ствар или опасна дејност, со кое е причинета штета за која одговара одговорно лице, и штета, во смисла на причина и последица, при што дејствието, опасната ствар или опасната дејност се јавуваат како причина, а штетата како последица.*"⁵

Ваквото поимно определување на причинската врска за нас е сосема прифатливо. Основниот заклучок кој се извлекува на основ на него е дека

¹ Види Радишиќ Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004, стр. 205.

² Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2007, str. 527.

³ Радишиќ Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004, стр. 206

⁴ Радишиќ Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004 стр. 206, исто и Bikić A. : *Obligaciono pravo, opći deo*, Sarajevo, 2007, str. 207.

⁵ Đorđević Ž., Stanković V., *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd, 1980, str. 319.

причинската врска како услов за граѓанскоправна одговорност го поставува барањето *другите два општи услови да се наоѓаат во однос на причина и последица, односно противправното дејствие да претставува причина, а причинетата штета да претставува последица*. Доколку овој услов (причинска врска) не е исполнет, не може да настане граѓанскоправна одговорност.

Прашањето - кога постои причинска врска е практично прашање. Ова прашање го решава судот во секој поединечен случај кога одлучува за барање за надомест на штета. Меѓутоа, ова прашање е и теориско прашање и за него правната теорија покажала особено интересирање. Таа направила обиди да се установа критериуми за утврдување на причинската врска и како резултат на тоа денеска се среќаваме со повеќе теории за причинска врска. Како позначајни ги истакнуваме следниве теории:

- теорија на услов – според неа штетното дејствие претставува причина за штетата само доколку без него штетата не би настанала, односно доколку дејствието претставува *conditio sine qua non*.⁶
- теорија на превалирана причина – според која причинска врска меѓу штетното дејствие и штетата постои само доколку дејствието претежнува (превалира), односно има поголемо значење од другите факти за настанок на штетата.⁷
- теорија на непосреден и посреден услов – ова теорија, од настаните кои ѝ претходат на штетата ги извојува временски поблиските настани (непосредните) и единствено тие се сметаат за правно значајни.⁸

Помеѓу учењата настанати кон крајот на деветнаесетиот век, посебно е значајна теоријата на адекватна причинска врска. Нејзе ја развиле германските теоретичари Rümelin и Träger. Во нешто изменет облик таа и денес претставува владеачко становиште на германската и швајцарската теорија и практика, стекнува сè повеќе приврзаници во Франција, Австрија и поранешниот Советски Сојуз, а прифатена е и од нашата правна теорија и практика. Можеме да заклучиме дека теоријата за адекватна причинска врска, денеска, е

⁶Види Радишић Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004, стр. 206; Đorđević Ž., Stanković V., *op.cit.*, стр. 319; Лоза, Б., *Облигационо право, општи део*, Београд, 2000, стр. 203.

⁷ Види Đorđević Ž., Stanković V., *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd, 1980, str. 322; Галев Г., Дабовиќ – Анастасовска Ј., *op.cit.*, стр. 566.

⁸Радишић, Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004, стр. 207.

најраспространето учење за причинската врска во областа на граѓанскоправната одговорност.

Според оваа теорија, едно противправно дејствие е во причинска врска со причинета штета доколку истото по редовниот тек на работите би довело до таа штета, односно ако штетата е адекватна последица на извршеното противправно дејствие.⁹ Според оваа теорија каузалитет постои како една причина е адекватна, односно соодветна, и одговара на штетната последица, односно по редовен тек на работите, а на основа на практичното искуство ја произведува дадената последица. Поконкретно се среќаваме со дефинирање дека адекватниот каузалитет постои доколку дејствието воопшто било подобно да ја предизвика последицата, но не и во случај кога дејствието можело да ја причини штетата само под дејство на специфични и потполно неочекувани околности за кои, по редовен тек на работите, не се води сметка.¹⁰

Понатаму, во домашната правна доктрина се среќаваме со следново дефинирање: *"Правно-релевантна е онаа причинска врска, која постои помеѓу штетното дејствие, кое по својата сила (интензитет) и вид било подобно да ја причини штетата, од една страна, и штетата настанала како последица од тоа дејствие од друга страна."*¹¹ Во логичка смисла, утврдувањето на причинската врска е задача на судскиот вештак, додека процената дали таа врска е адекватна е задача на судот. Одлуката на судот не е логичка одлука, туку одлука на практичниот разум прилагоден на барањата на правичноста.

2. Општо за каузалитетот на полето на граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета

Со оглед на тоа дека во поглед на граѓанско-правната одговорност во случај на нуклеарна штета во првите правни извори бил усвоен принципот на објективна одговорност, не е потребно оштетените да докажуваат постоење на вина, но мора да докажат постоење на причинско-последична врска меѓу штетното дејствие и причинетата штета. Објективната одговорност како вид на одговорност постои во случај на утврдување на постоењето на штета и каузалитет, како објективни категории и не зависи од субјективни категории, како што е вината. Основната функција на барањето за постоење на каузалитет кај објективната одговорност е тоа што истиот треба да ги обликува соодветните

⁹ Лоза, Б., *Облигационо право, општи дио*, Београд, 2000, стр. 204.

¹⁰ За ова дефинирање види Радишиќ, Ј., *Облигационо право: општи део*, Београд, 2004, стр. 208.

¹¹ Галев, Г., Дабовиќ – Анастасовска, Ј., *Облигационо право*, Скопје, 2008, стр. 560.

општествени стимулации за намалување на ризикот од причинување штета, на тој начин што се наметнува одговорност која е еквивалентна на самиот пораст на општествените трошоци.¹² Условот за докажување на каузалитетот, при што товарот на докажување е ставен на оштетениот, во случај на нуклеарна штета е предвиден на интернационално ниво, во рамки на меѓународните правни акти кои го уредуваат прашањето за граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета (Париска Конвенција за одговорност спрема трети лица на полето на нуклеарната енергија од 1960 година, во натамошниот текст Париска Конвенција и Виенската Конвенција за граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета од 1997 година, во понатамошниот текст Виенска Конвенција)¹³ како и на државно ниво во рамки на националните закони. Првите меѓународни правни извори товарот на докажување изрично го ставаат на оштетениот, поставувајќи го барањето тој да ја докаже причинско-последичната врска меѓу настанот и штетата. Конкретно член 2 од Виенската Конвенција¹⁴ вели дека: *"Операторот на нуклеарната инсталација ќе биде одговорен за нуклеарна штета врз основ на доказ дека таквата штета била причинета од страна на нуклеарен инцидент:*

- во неговата нуклеарна инсталација
- го вклучува нуклеарен материјал кој доаѓа или потекнува од неговата нуклеарна инсталација...
- во врска со нуклеарен материјал испратен до неговата нуклеарна инсталација..."

3. Детектирање на проблемите при утврдување на каузалитетот кај нуклеарната одговорност

Согласно општите правила на објективната одговорност оштетениот кој има намера да бара надомест на штета мора најпрво да докаже дека штетата која ја претрпел е последица на зрачење, а потоа дека зрачењето потекнува од еден конкретен нуклеарен уред. Ваквата задача во услови на нуклеарна штета е многу тешко, па дури и невозможно да се оствари. Во најголем дел од случаите на нуклеарна штета каузалитетот би останал недокажан. Од друга страна, со оглед

¹²Оваа теорија за каузалитетот како алат за менаџирање со социјални трошоци иницијално била содржана во една статија на Calabresi (1975), а подоцна била прифатена и од страна на Shavell (1980) во трудот Shavell, S., *An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts*, *Journal of legal studies*, 1980.

¹³Чл. 3 од Париската Конвенција, чл. 2 од Виенската Конвенција и сл.

¹⁴Текстот на Конвенцијата е достапен на http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/protamend_annex.html (пристапено на 05.06.2015 година).

на фактот дека ризикот од зрачење претставува дел од нашето секојдневие, според многу автори¹⁵ задача на правото е овој ризик рамномерно да го распореди на целото општество за да се избегне штетата да го погоди само поединецот што ја претрпел.

Утврдувањето на постоењето каузалитет никогаш не е едноставно прашање. Овој проблем е уште поизразен во рамките на нуклеарното право од причина што нуклеарните штети имаа таква **природа** што во моментот на настанување неможат да бидат забележани со помош на човековите сетилиа.

Проблемот станува уште поизразен кај **штети кои се појавуваат со задоцнување**, посебно кај генетски штети кои предизвикуваат значителни тешкотии при одредување на правно - релевантна причинска врска. Проблемот што постои во правото во поглед на докажување на причинската врска меѓу нуклеарните катастрофи и штетата што тие ја причинуваат и не е правен проблем во онаа мера во која егзистира како проблем со кој се соочува природната наука. Соматските штети настанати со задоцнување се штетни последици од зрачењето кои се рефлектираат на човековиот организам по неколку години или децении од самото зрачење кое ги предизвикало, а она што претставува уште поголемо отежнување при докажување на каузалитетот е фактот што штетните последици се јавуваат во **форма на класични заболувања** кои настануваат и без јонизирачко зрачење. Зборувајќи низ примери би кажеле дека ваквите проблеми на докажување на каузалитетот, конкретно во англиското право, дошле до израз во случајот *Hope v BNFL*. Во овој случај судот одлучил дека не постои каузалитет помеѓу радионуклидите ослободени од нуклеарниот реактор Sellafield и зголемената појава на рак во околината. Дури по 8 години, според едно истражување што било објавено во *International Journal of cancer* во 2002 година, биле објавени и резултати дека кај децата на мажите кои биле изложени на радијација за време на работата во нуклеарниот реактор Sellafield, ризикот од заболување од одредени видови на рак (леукемија и non – Hodgins lymphoma) е двапати поголем од нормалниот.¹⁶

Префрлувајќи се на друг проблем при утврдување каузалитет кај нуклеарната одговорност во прилог пренесуваме една одлука од судската

¹⁵Види Stojanović, D., *Odgovornost za naknadu genetičkih, anonimnih i zakasnelih atomskih šteta*, Beograd, 1967, стр. 34.

¹⁶Currie, E.J.D., The problems and gaps in the nuclear liability conventions and an analysis of how an actual claim would be brought under the current existing treaty regime in the event of a nuclear accident, *Denver Journal of International law and policy*, Vol. 35:1, 2008, достапно на <http://www.law.du.edu/documents/djilp/The-Problems-Gaps-Nuclear-Liability-Conventions-Analysis-How-Actual-Claim.pdf> (пристапено на 24.11.2014 година).

практика која се однесува токму на тоа колку каузалитетот може да биде сложено прашање во оваа област: *"По експлозијата на реакторот број 4 во нуклеарната станица Чернобил на 26 април 1986 година, тужба за "недоброволни тешки телесни повреди -involuntary grievous bodily harm" била поднесена против X во март 2001 од страна на Француското Здружение за болни од заболувања на тироидата (AFMT), Француската Комисија за независни истражувања и информации за радиоактивност (CRIRAD) и физички лица со заболувања на тироидата. Сите тужители сметале дека овие авторитети го минимизирале значењето на загадување од радиоактивност во Франција и дека поради тоа се одговорни за зголемување на заболувања поврзани со тироидата почнувајќи од 1986. Според судијата, елементите на "недоброволни тешки телесни повреди -involuntary grievous bodily harm" не биле задоволени, и тој сметал дека зголемувањето на заболувања поврзани со тироидата во Франција почнувајќи од 1986 година не е толку значајно. Како и да е, судијата одлучил да отвори постапка против Pierre Pellerin, бивш менаџер на Централниот департмент за заштита против јонизирачка радијација (SCPRI), за "aggravated deceit" или отежнувачка измама. SCPRI бил одговорен за организирање, централизирање и интерпретирање на мерките за радиоактивност и за пренесување на заклучоците на авторитетите и на медиумите. Судијата пресудил дека, како дел од неговата функција, Pierre Pellerin го минимизирал ризикот поврзан со експлозијата во Чернобил, особено преку повторување лаги и намерни пропусти. Уште повеќе, тој користел дискутабилни методи за мерење на нивоата на радиоактивност, не земајќи ги во предвид највисоките мерки (особено оние поврзани со двата Корзикански департменти) или исклучување на плувиометријата од неговото поле на анализа. Парискиот Апелационен Суд, како и да е, го отфрлил случајот против Pierre Pellerin во одлука донесена на 07 септември 2011. Судијата посебно пресудил дека не било докажано дека Pierre Pellerin злонамерно давал погрешни, непрецизни или суштински неточни информации, дека пропуштил да обезбеди соодветна контрола на намирниците заразени со радиоактивноста или пропуштил да превземе мерки на претпазливост по експлозијата во Чернобилската станица за нуклеарна енергија, и како резултат на тоа, спорните факти не можат да ги задоволат елементите на измама или други кривични дела. Тужителите можат да се жалат до Касациониот Суд; оваа одлука не е конечна."*¹⁷

Во овој случај, во причинско-последичниот синџир помеѓу нуклеарната несреќа (конкретно несреќата во Чернобил) и нуклеарната штета претрпена во

¹⁷ Case Law (France) Chernobyl accident – decision of dismissal of the Court of Appeal of Paris in: *Nuclear Law Bulletin* No. 88, OECD-NEA, 2011.

Франција, се среќаваме со една комплексна ситуација. Имено, иако изворната причина за настанување штета е нуклеарната несреќа, но се јавува и една друга ситуација која во рамки на овој синџир можела да доведе до **прекин на каузалитетот или можела да го поддржи неговото постоење**. Се работи за давањето информации на јавноста за нивоата на радиоактивност, методите користени при мерење на радиоактивноста, контролата на намирниците заразени со радиоактивноста, преземањето на мерки за претпазливост. Имено, од одлуката на судот дали лицата одговорни за вршење на сите наведени дејствија, ја извршиле својата задача како што треба или не зависи дали каузалитетот ќе биде прекинат или не. Конкретно во цитираниот случај се смета дека каузалитетот е прекинат со самото тоа што јавноста добивала соодветни информации и можела соодветно да реагира за да се спречи настанувањето на штетни последици, или барем да се минимизира нивниот обем.

Од значење за утврдување на каузалитетот кај настанување на нуклеарната штета е земањето во предвид на постоењето на **кумулятивен ефект на радиоактивното зрачење**. Ова е резултат на фактот дека за штетно дејство на зрачењето меродавна е дозата на зрачење акумулирана со тек на времето. Така, една определена доза на зрачење може да не манифестира никакви штетни последици, но ако на неа ѝ се додадат уште неколку такви безопасни дози тие се кумулираат и предизвикуваат настанување на штета.

4. Примена на теоријата за решавање на прашањето на каузалитетот кај нуклеарната одговорност

Со оглед дека барањето за надомест на штета во рамките на нуклеарното право е барање засновано на граѓанско-правна одговорност за причинета штета и дека на него начелно се применуваат принципите на приватното право за надомест на штета, прашањето за каузалитет во случај на настаната нуклеарна штета е дел од општиот проблем на правен каузалитет и може да се разгледува само во негови рамки. Во поглед на сето она што претходно беше кажано ова би значело доминантна примена на теоријата на адекватна причинска врска и на теренот на нуклеарната одговорност. Од друга страна, низата специфичности на каузалитетот на полето на нуклеарната одговорност воделе и до развој и претендирање и кон други теории, поразлични од теоријата на адекватност.

Во германското право првично била применувана теоријата за адекватна причинско-последична врска, со што воедно се избегнувало проширување на одговорноста. Од понов датум во германската доктрина се јавува **теоријата за заштитувачки обем на одговорноста (protective scope of liability)**. "*Во случај на примена на теоријата за адекватна причинска врска каузалитетот се негира (се смета дека не постои) во случај кога настанувањето на штета,*

анализирано по неговото настанување, од страна на лице кои е запознато со сите факти, било толку неверојатно што во никој случај неможело да се очекува. Во случај кога се применува теоријата на заштитувачки опфат на објективната одговорност се поставува прашањето дали појавата (постоењето) на каузалитетот е специфична за ризикот кој е опфатен со одговорноста или е во целост атипичен и со самото тоа надвор од заштитениот опсег на одговорноста. Ова прашање посебно е релевантно во случај кога оштетениот презел превентивни мерки врз основа на официјални предупредувања или *ad hoc* лимитирачки вредности за времено изложување што уследило на еден нуклеарен инцидент. Според преовладувачкото мислење трошоците причинети со овие мерки, на пример трошоците за евакуација, во принцип треба да бидат покриени со заштитениот опсег на објективната нуклеарна одговорност.¹⁸

Во common law системот е застапувана, пак, **теоријата на предвидливост** како една варијанта на сфаќањето за адекватна причинска врска.¹⁹ Теоријата за предвидливост поаѓа од тоа дека секој треба да одговара за последиците од своето однесување и при тоа се бара најблиската причина за одредена последица (*causa proxima*) па секогаш се одговара за најблиската последица. Проблемот кој тука се јавува е во врска со поодалечените последици, за кои, според оваа теорија се одговара само ако биле предвидливи.²⁰

Со оглед на тешкотиите при докажување на причинската врска кај нуклеарната штета, во англо – американското право како целисходна во овие случаи се покажала **теоријата "res ipsa loquitur"** односно теорија за обратен товар на докажување. Според оваа теорија: "Кога тужениот или од него одредени лица ја држеле стварта во свое владение, а несреќата која се случила е од таква природа што при редовен тек на работите не се случува доколку лицето управува со стварта со потребното внимание, тогаш тоа е доволен доказ дека настанот се случил поради недоволен степен на внимание на тужениот, доколку тужениот не го докаже спротивното."²¹

¹⁸Rehbinder, E., Liability for Nuclear Harm under the German Atomic Energy Act, 慶熙法學 45 권 제4 호 | 2010, достапно на <http://ils.khu.ac.kr/ils-khulaw/45-4/45-4-2-4.pdf>, (пристапено на ден 28.07.2013), стр. 425-426.

¹⁹Hart. B.H., *Causation in the law*, Oxford 1959, str. 230.

²⁰Според Антић, О., Облигационо право, Београд, 2009.

²¹Cigoj, S., Граѓанска odgovornost во Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I-III, tom prvi, Beograd, NIU Službeni list SFRJ, 1978, str. 509.

Доколку го земеме примерот на САД можеме да кажеме дека: "Според најголем дел од *common law* системите на државите *toxic – tort* тужителите мораат да покажат "генерално" дека изложувањето на одредена супстанца може да ја причини нивната повреда и "посебно" дека изложувањето фактички ја причинило повредата. Генералниот каузалитет е задоволен со докажување дека одредена форма на рак може да се припише на радијација. Посебниот каузалитет е попроблематичен бидејќи тој бара да се докаже дека имисиите на тужениот се најверојатната причина за повредата на тужителот. Одредени судови го толкуваат дека овој стандард значи дека тужителот мора да покаже надмоќна доказите (*preponderance of the evidence*) – **најмалку 50 проценти веројатност** дека имисиите на тужениот ја причиниле повредата на тужениот."²² Додека овој метод на утврдување на каузалитет се покажал соодветен за индивидуалните случаи на причинување штета од радијација, и според одредени автори на ова поле истиот може да се оправда се покажала како неизводлива неговата примена на теренот на нуклеарните несреќи каде има голем број на тужители и случаи на нуклеарна штета.²³ Научниците од областа на заштита од радиоактивност се согласни дека диференцијални дијагнози не можат самоуверено да го утврдат крајниот извор на одредено заболување кај тужителот. Во таа насока Националниот Совет за радијациона заштита и мерки дал заклучок дека: "Во отсуство на биолошки маркери за радијација генерално е невозможно да се направи детерминирање (да се утврди каузалитетот) со висок степен на веродостојност, со оглед на тоа дека ракот може да се јави и се јавува и во отсуство на изложување одредени канцерогени материји, вклучувајќи ја и јонизирачката радијација, и, обратно, може да не се јави и не се јавува при вакво изложување."²⁴

²²O'Connell, D.W., Causation's nuclear future: Applying proportional liability to the Price-Anderson Act, *Duke Law Journal*, Vol. 64:33, 2014, достапно на <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3783&context=dlj&seir edir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.bing.com%2Fsearch%3FFORM%3DUP97DF%26PC%3DUP97%26q%3D%25D0%25BD%25D0%25B0%2Bhttp%253A%252F%252Fwww.state.nv.us%252Fnucwaste%252Fnews%252Frpccna#search=%22%D0%BD%D0%B0%20http%3A%2F%2Fwww.state.nv.us%2Fnucwaste%2Fnews%2Frpccna%22> (пристапено на 01.11.2014) .

²³Ibid, str. 355.

²⁴ NAT'L Council on radiation protection and measurements, NCRP Report No. 171: Uncertainties in the estimation of radiation risks and probability of disease causation 194 (2012), цитат според O'Connell, D.W., Causation's nuclear future: Applying proportional liability to the Price-Anderson Act, *Duke Law Journal*, Vol. 64:333, 2014, str. 359.

Конкретно зборувајќи, и искуството на американската судска практика на полето на нуклеарните несреќи и тужбите за надомест на нуклеарна штета оди во оваа насока. По искуството со нуклеарната несреќа на Third Mile Island и случаите што произлегле од неа се покажало дека медицинската евалуација, сама по себе, не може ниту да докаже ниту да негира дека одредено малигно заболување е причинето од одредена изложеност на радијација. *"Оттаму, примарната основа за поврзување на одредени заболувања на рак со одредени изложувања на радијација се податоците кои биле собрани во однос на зголемената фреквенција на малигни заболувања што уследила по изложувањето на јонизирачка радијација. Со други зборови, казуалитетот може единствено да се утврди (ако воопшто може) врз база на епидемиолошки студии за популации изложени на јонизирачка радијација."*²⁵ На овој начин, тука зборуваме во насока на прокламирање на една нова концепција за казуалитетот, (карактеристична овој пат конкретно во американското нуклеарно право)²⁶ претставена преку *теоријата "probability of causation"* или веројатност за казуалитет. Новиот концепт на казуалитет применлив во случај на нуклеарна одговорност бил утврден и од страна на Претседателската Комисија за катастрофални нуклеарни несреќи (Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents), во нејзиниот извештај упатен до Конгресот.²⁷ Комисијата дошла до заклучок дека најдобар метод што соодветствува со целите на Price-Anderson Act е примена на техника според која казуалитетот се смета дека постои со одмерување на одредени фактори, како што се нивото на изложеност, полот, личните навики, видот на рак и латентниот период. Вакви табели биле подготвени од страна на Националниот институт за здравје – од Одделот за здравје и социјални услуги (National Institutes of Health of the Department of Health and Human Services).²⁸ Овие табели би можеле да се искористат за утврдување на веројатност дека одредена болест била причинета од нуклеарен инцидент. Во овие случаи се предвидуваало надоместот на латентната штета да

²⁵ In re TMI Litig., 193 F.3d 613, 643 (3d Cir. 1999) (citations omitted) цитат според O'Connell, D.W., Causation's nuclear future: Applying proportional liability to the Price-Anderson Act, *Duke Law Journal*, Vol. 64:333, 2014, str. 358 - 359.

²⁶ Содржана во реформата во 1988 година на Price-Anderson Act од 02 септември 1957 година.

²⁷ Извештајот: Report to the Congress from the Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents е достапен на <http://www.state.nv.us/nucwaste/news/rpcna> (пристапено на 01.02.2014).

²⁸ Примери за табелите се достапни на <http://www.state.nv.us/nucwaste/news/rpcna/pcrcna18.htm> (пристапено на 01.02.2014).

се направи на основ на утврдениот степен на веројатност: под овој степен на веројатност, надомест на латентната штета не бил дозволен, а над нивото на веројатност, надоместот на штета бил одредуван во износи пропорционални на определениот степен на веројатност. Методот на надомест на нуклеарна штета што го инкорпорира принципот на веројатност на каузалитетот всушност бара напуштање на принципите на отштетното право и усвојување на федерален стандард кој постојано ќе се применува на сите барања / тужби за надомест на нуклеарна штета. Освен Претседателската Комисија за катастрофални нуклеарни несреќи (Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents), препорака за користење на чисто статистички процени за "веројатност за постоење на каузалитет" среќаваме и кај Комитетот за биолошки ефекти на јонизирачката радијација,²⁹ а модели на веројатност за идентификување на последиците од изложеност на радијација се среќаваат и во одредени комбинирани публикации на ИАЕА и Светската Здравствена Организација.³⁰ Како аргумент кој во правната теорија се среќава во полза на теоријата за веројатност за каузалитет е дека: *"Во крајна линија, дозволувајќи ослонување на диференцијални дијагнози ве штатчки се зајакнуваат оние случаи во кои на тужителот му недостасува епидемиолошки докази неопходени за докажување дека имисиите на тужениот создале определлив зголемен ризик од штета. За пример, во судските постапки за несреќата на Three Mile Island трошоците за пресудување и спогодување за тужбите на тужителите за надомест на економски и физички загуби надминале 70 милиони долари, иако Претседателската Комисија за несреќата на Three Mile Island донела заклучок дека изложеноста на радијација од страна на граѓаните се очекува дека ќе нема никакви ефекти по здравјето. Во случајот Cook v. Rockwell International Corp.,³¹ поротата определила околу еден билион долари на име казни и надоместувачки штети на основа на докази дека радионуклидите ослободени од фабрика за нуклеарно оружје управувана од владата претставувале "мал и квантитативно неопределлив" ризик од штета."*³²

²⁹Комитетот за биолошки ефекти на јонизирачката радијација- BEIR е комитет на Националниот Совет за истражувања на САД кој обезбедува информации за Владата на САД во однос на ефектите од јонизирачка радијација.

³⁰Види O'Connell, D.W., Causation's nuclear future: Applying proportional liability to the Price-Anderson Act, *Duke Law Journal*, Vol. 64:333, 2014, str. 359.

³¹ Cook v. Rockwell Int'l Corp., 618 F.3d 1127 (10th Cir. 2010).

³²O'Connell, D.W., Causation's nuclear future: Applying proportional liability to the Price-Anderson Act, *Duke Law Journal*, Vol. 64:333, 2014, str. 360.

5. Тенденции во правото кои произлегуваат од спецификите на каузалитетот на полето на нуклеарната одговорност (правилата за заеднички каузалитет и воведувањето претпоставки)

На полето на нуклеарната одговорност познат и прифатен е и поимот "заеднички каузалитет", односно случајот кога причина за нуклеарната штета не е само нуклеарната инсталација, или друг субјект во рамки на нуклеарната активност, туку постои и друга причина која дејствувала истовремено. Како друга причина може да се јави емисијата на јонизирачка радијација. Во случај на заеднички каузалитет на нуклеарна инсталација или нуклеарна активност предвидена во меѓународен инструмент и емисија на јонизирачка радијација која не е опфатена со меѓународниот инструмент доволна е одговорниот субјект да биде носител на целосната одговорност за нуклеарната штета.³³ Не е потребно радиоактивноста да биде суштинската причина за штетата. Комбинација од радијација со токсини, експлозивни или други опасни карактеристики на нуклеарното гориво или радиоактивни супстанции во рамки на нуклеарната инсталација се смета дека ги исполнуваат условите за нуклеарен инцидент.³⁴ Дури и заеднички каузалитет од извор кој е субјект на уредување во меѓународен инструмент и не-нуклеарна активност е доволно за востановување одговорност на субјектот со нуклеарна активност во случај кога штетата причинета од ненуклеарниот извор не може да се разграничи. Освен во меѓународните правни инструменти заедничкиот каузалитет е познат и на националните правни режими на нуклеарна одговорност. Во германското објективно право се среќава претпоставка дека доволен е заедничкиот каузалитет на нуклеарниот инцидент односно од ефектите од нуклеарната фузија или јонизирачка радијација. Превалирачко мислење во правната литература е дека каузалитетот не е исклучен од самиот факт дека нуклеарниот инцидент или радиоактивната емисија уредени во германскиот закон и не-нуклеарен инцидент придонеле за штетата. Ова е во согласност со општите правила за заеднички каузалитет во рамки на отштетното право и правото за штета на животната средина. Каузалитетот мора да биде докажан од страна на оштетениот. Ниту во Париската Конвенција ниту во германскиот закон не постои намалување или промена на носителот на товарот на докажување (пример барање на превалирачка веројатност наместо веројатност што е близу до сигурност). Ова е во спротивност со општото право на животна средина и одговорност за животна средина во Германија. Деловите 6 и 7 од Законот за одговорност за животната средина на Германија обезбедуваат флексибилно

³³Вака е предвидено со член 3(b) од Париската Конвенција, а слична одредба содржи и член став 4 од Виенската Конвенција.

³⁴Член 1 (a)(i) од Париската Конвенција.

ублажување на товарот на докажување кое е оправдано со тешкотиите со кои оштетениот нормално би се сретнал при утврдување на каузалитет помеѓу емисијата и повредата. Бидејќи истиот проблем постои и кога се работи за јонизирачка радијација препорачливо би било проширување на примената на овие правила и на полето на нуклеарната одговорност. Според општото штетно право Германските судови признаваат ублажување на товарот на докажување во случај на надминување на стандардите за квалитет на животна средина и стандарди за емисија.

Во правната теорија се почесто се поставува **прашањето дали каузалитетот е институт кој одговара на самата природа на нуклеарната штета или би требало да се замени со предвидување на соборливи или несоборливи претпоставки за каузалитет, односно како фикции** кои не оставаат место да се докажува поврзаноста на штетата со одредено дејствие на штетникот. Во поглед на општите правила на објективната одговорност во правото на поголем дел од правните системи можеме да кажеме дека се среќаваме со една претпоставка за постоење на каузалитет помеѓу опасните ствари и опасната дејност, а товарот на докажување се префрла на тужениот.³⁵ Односно, постоењето на каузалитет помеѓу опасната ствар/ дејност и штетата кај објективната одговорност е соборлива претпоставка, за која се смета дека постои, освен во случај кога тужениот ќе докаже дека опасната ствар/дејност не биле причина за штетата, а од друга страна оштетениот нема обврска да докаже дека постои причинско-последична врска помеѓу опасната ствар/дејност и штетата за која тој тврди дека ја претрпел од нив. Се чини дека е сосема оправдана една ваква одредба и на полето на нуклеарната одговорност, посебно ако се има во предвид дека постои голем степен на нееднаквост и нерамноправност во социјална и економска смисла помеѓу оштетениот и штетникот (нуклеарниот оператор како еден гигант на светската економија) и лесно е да се заклучи дека за оштетениот би било многу потешко да го докаже каузалитетот помеѓу нуклеарниот инцидент и претрпената штета, отколку нуклеарниот оператор да докаже дека каузалитет не постои.

Примерот за воведување, пак, на несоборливи претпоставки за каузалитет го наоѓаме во француското право, во рамките на социјалното осигурување за одреден круг на лица кои професионално се изложени на зрачење. Решението во случај на надомест на штета предизвикана од зрачење во ваков случај не се бара во рамките на начелата за одговорност за причинета штета, туку во рамки на

³⁵ Вака е предвидено и во македонското право, во чл. 159 од ЗОО, според кој штетата настаната во врска со опасен предмет, односно опасна дејност се смета дека произлегува од тој предмет, односно дејност, освен ако се докаже дека тие не биле причина за штетата.

начелата за социјално распоредување на штета, без поврзување на одреден штетник за одредено штетно дејствие. Во случајот со француското право социјалното осигурување обезбедува надомест на штета во случај на професионални заболувања причинети со зрачење само доколку заболувањето за кое се бара надомест се наоѓа на одредена листа која содржи попис на можни заболувања и професии при кои овие заболувања се јавуваат, а лицето кое бара надомест било вработено на работа во рамки на која било изложено на зрачење.³⁶

И за каузалитетот кај нуклеарната одговорност карактеристична е потребата од употреба на претпоставки, која била сфатена многу рано, но во рамки на меѓународниот правен режим на нуклеарната одговорност, додека националните правни системи во тоа време, потпирајќи се на општите правила на објективната одговорност, ги познавале претпоставките карактеристични само за овие правила. Претпоставките се чини дека претставуваат неопходност во рамки на каузалитетот кај нуклеарната одговорност токму поради специфичната тежина на докажување на каузалитетот во оваа област. Тие ја олеснуваат положбата на оштетеното лице и отвараат можност штетата да ја поднесе веројатниот штетник, наместо оштетениот. Но, бројот на претпоставки мора да биде на некој начин ограничен од причина што доколку бесконечно се прошири, ќе се изгуби секаква врска меѓу штетата и можниот извор на штета, што не треба да се дозволи. Исто така претпоставките треба да соодветствуваат со степенот на развој на нуклеарната одговорност на национално и меѓународно ниво. И секогаш треба да се има во предвид дека секој иден развој ќе носи со себе и нови решенија по повод прашањето за каузалитетот, за кои е многу веројатно дека ќе излегуваат од класичниот концепт на граѓанско-правната одговорност. Доколку ова го претставиме преку анализа на конкретни правни решенија би можеле да го направиме следново претставување на решенија од националните правни системи и меѓународниот режим на нуклеарна одговорност:

- во австриското право во секција 12 од Сојузниот закон за граѓанска одговорност за штета причинета од радиоактивност³⁷ е содржана претпоставка за постоење на каузална врска во случаи кога оштетениот може да докаже дека постои голема веројатност тој да бил изложен на јонизирачка радијација која потекнува од нуклеарна инсталација, од нуклеарен материјал или од радиоизотопи. Ова претпоставка може да

³⁶Види Cartellieri, U., *Rechtliche problem bei strahleninduzierten berufsschäden, Versicherungsrecht* 1965, str. 842.

³⁷Законот е усвоен на 07.10.1998 година, со последни измени во 2003 година, достапен на <http://www.oecd-neo.org/law/legislation/austria.html> (пристапено на 26.11.2014).

биде соборена само ако тужениот докаже дека постои голема веројатност штетата да не е причинета од јонизирачка радијација. Уште повеќе што во секција 13 се востановува обврска за доставување информации. Доколку околностите укажуваат дека штетата е предизвикана од јонизирачка радијација, оштетениот има право да ги бара од било кој оператор на нуклеарна инсталација, превозувач на нуклеарен материјал или носител на радионуклиди сите информации кои се однесуваат на околностите релевантни за проценување на причината и досегот на штетата. На овој начин иако примарниот товар за докажување на каузалитетот останува на оштетениот, сепак, одредбата делумно ја олеснува неговата положба, барајќи докажување на веројатноста наместо докажување на сигурност.

- Париската Конвенција прави обид да го олесни решавањето на ова значајно прашање за утврдување на граѓанско-правната одговорност на тој начин што поставува една претпоставка за постоење на каузалитет помеѓу штетата и нуклеарниот настан и во случај кога штетата само во еден дел е причинета од нуклеарен настан, а во друг дел настаната е како резултат на други настани, но нуклеарната штета не може да се одвои.³⁸
- Виенската Конвенција содржи претпоставка за каузалитет помеѓу нуклеарниот инцидент и штета која што настанала поради нуклеарниот инцидент но и поради заедничко дејствување на еденили повеќе други настани, во онаа мера во која оваа штета не може разумно да се оддели од нуклеарната штета.

Заклучок

Пред правото и законодавецот се поставува еден необичен проблем кој досега не бил решаван, односно тие треба со правни средства да ги совладаат потешкотиите на природните науки во поглед на докажување на причинската врска кај штетата причинета од зрачење.

Нашето истражување укажа на постоење на неколку клучни проблеми кои го отежнуваат утврдувањето на каузалитетот кај нуклеарната одговорност:

- нуклеарните штети имаа таква природа што во моментот на настанување неможат да бидат забележани со помош на човековите сетили;
- соматските штети настанати со задоцнување, а она што претставува уште поголемо отежнување при докажување на каузалитетот е фактот што

³⁸Чл. 3 (b) ст. 1 од Париската Конвенција

штетните последици се јавуваат во форма на класични заболувања кои настануваат и без јонизирачко зрачење;

- иако изворната причина за настанување штета е нуклеарната несреќа, постои можност да се јават причини (други штетни дејствија) кои во рамки на овој синџир можеле да доведат до прекин на каузалитетот или можеле да го поддржат неговото постоење;
- кумулативен ефект на радиоактивното зрачење и слично.

Истражувањето на правната теорија пак покажа дека најзастапената и воедно доминантна теорија за утврдување на каузалитетот – теорија на адекватна причинска врска на полета на нуклеарната одговорност се доведува во прашање. Истата се покажала недоволна за да ја исполни целта на своето постоење – од низата причини да ја издери правно релевантната за настанување на штетата која воедно го задоволува и начелото на справедливост. Правната доктрина и судската практика нашле алтернатива во други теории, од кои најзначаен и впечатлив е примерот на американското право и теоријата на веројатноста.

Сите специфики на каузалитетот кај нуклеарната одговорност довеле до појава на извесни тенденции во правото кои се рефлектираат преку правните решенија за заеднички каузалитет и за примена на претпоставки на полето на нуклеарната одговорност. Иако сметаме дека сосема е оправдана употребата на претпоставки во нуклеарното право, и воедно дека тоа претставува императив на начелото на справедливост во одредени случаи, сепак на мислење сме дека каузалитетот е институт неразделно поврзан со граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета и навраќајќи се на основите на отштетното право само би ја потенцирале улогата на каузалитетот на општ услов за настанување на облигационен однос со причинување на штета. Сè додека сакаме да останеме на теренот на граѓанско-правната одговорност за штета, мораме да го бараме каузалитетот во мера во која тоа е можно според природните закони, бидејќи ако ја прекинеме оваа врска меѓу едно штетно дејствие и одредена штета, тогаш ние сме излегле од теренот на граѓанско-правната одговорност и смислата на нејзиното постоење.

ЗНАЧЕЊЕТО НА ЖИВЕЕЊЕТО ВО ТРАЈНА ЗАЕДНИЦА ВО ОДНОС НА ЗАКОНСКОТО НАСЛЕДУВАЊЕ

Ристо Илиоски

Доктор на правни науки, соработник, Правен факултет – Кичево, Универзитет
„Св. Климент Охридски“ – Битола, Македонија

e-mail: ristoi@yahoo.com.

Апстракт

Врз основа на живеењето во трајна заедница, во македонското наследно право, меѓусебно можат да се појават во улога на законски наследници само точно определени со закон лица. Така, живеењето во трајна заедница се јавува како еден од основните правно релевантни факти врз чија основа се определува кругот на законските наследници, односно се уредува законското наследување. Имено, живеењето во трајна заедница како еден од основните факти е воведен во Законот за наследувањето од 1996 година, а беше и предвиден во првиот македонски и републички Закон за наследувањето од 1973 година, при што сепак не станува збор за идентично регулирање во двата наследно – правни прописи за што ќе стане збор во овој труд. Така, целта на овој труд е да се проучи можноста определени лица кои живееле во трајна заедница да се јават меѓусебно во улога на законски наследници, а врз основа на фактот живеење во трајна заедница, со што ќе се согледа и нивниот наследно – правен статус.

Клучни зборови: законски наследници, трајна заедница, оставина.

MEANING OF LIVING IN A PERMANENT COMMUNITY AS TO LEGAL SUCCESSION

Abstract

Based on living in a permanent community, in Macedonian inheritance law, each other can occur in the role of legal heirs only certain determinate persons by law. So, living in a permanent community are appears as one of basic legally relevant facts upon which is determined the circle of legal heirs, or is regulated legal succession. Namely, living in a permanent community as one of the basic facts introduced in the

Law on Succession from 1996, and it was provided in the first Macedonian and Republic Law on Succession from 1973, while still not about identical regulation in both hereditary – legislation for which will be explain in this paper. Thus, the purpose of this paper is to study the possibility of certain persons who have lived in a permanent community to occur each other in the role of legal heirs, and based on the fact living in permanent community, which will perceive and their inheritance - legal status.

Keywords: *legal heirs, permanent community, estate.*

Вовед

При уредување на законското наследување, државата секогаш се раководи од определени околности. Имено, суштинско значење има концептот кој определена држава го применува кога врши регулирање на законското наследување. Во теоријата, не постои единствено гледиште за тоа како треба да изгледа законското наследување. Во нашата држава, согласно нашето позитивно наследно – правно законодавство од 1996 година, освен сродството и брачната врска, како основни правно релевантни факти врз чија основа се определува кругот на законските наследници, односно се уредува законското наследување, во таква улога се јавува и живеењето во трајна заедница. Така, во овој контекст, како еден од основните факти се јавува и живеењето во трајна заедница.

Најпрво во трудот се даваат основни напомени во врска со живеењето во трајна заедница, се проучуваат определени специфичности во врска со овој факт, се определува самиот поим за трајна заедница, а потоа ќе стане збор за лицата кои можат да се појават во улога на наследници, врз основа на фактот живеење во трајна заедница, во кој наследен ред можат да наследуваат, при што вниманието се насочува и кон проучување на нивниот наследен дел. Освен македонското наследно – правно законодавство од 1996 година, во овој контекст, предмет на проучување претставува и поранешното републичко наследно – правно законодавство од 1973 година.

Во трудот исто така ќе стане збор за за тоа дали во новите наследно – правни законодавства на Србија од 1995 година, Хрватска од 2003 година и Црна Гора од 2008 година, постојат одредби во однос на лицата кои живееле во трајна заедница, како што тоа е направено денес во нашата држава, а во неопходна мера, во овој контекст своето внимание на интерес го насочуваме и

кон руското наследно право, согласно Граѓанскиот законик на Руската Федерација.

Во трудот се проучува можноста определени лица кои живееле во трајна заедница да се јават меѓу себе во својство на законски наследници, а врз основа на фактот живеење во трајна заедница, при што се сознава и нивниот наследен правен статус, што впрочем ја претставува и целта на овој труд.

1. Основни напомени за живеењето во трајна заедница

Во однос на уредувањето на законското наследување во Република Македонија, согласно позитивното наследно – правно законодавство, како еден од основните правно релевантни факти се јавува живеењето во трајна заедница. Живеењето во трајна заедница, како еден од основните факти денес во нашата држава е воведен со Законот за наследувањето од 1996 година¹, а го предвидуваше и поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година² како прв македонски и републички Закон за наследувањето, кога нашата држава беше во рамките на Југословенската Федерација, при што сепак не се работи за идентично регулирање во двата законски текста. Живеењето во трајна заедница како основен факт не беше регулирано во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година.³

Имено, имајќи го предвид живеењето во трајна заедница, како што ќе стане збор во трудот, во својство на законски наследници меѓусебно можат да се појават само точно дефинирани лица со закон. Во теоријата стои дека, „прифаќајќи ја идејата заедницата на живеење да стане самостоен факт при уредувањето на законското наследување, во нашето наследно право таксативно се определени лицата кои врз основа на него можат меѓу себе да се наследуваат.“⁴ Исто така се определуваат и нивните наследни делови, за што ќе стане збор понатаму во овој труд.

Одредувањето на живеењето во трајна заедница како еден од основните факти, односно овозможувањето на определени лица кои живееле во трајна заедница да можат да се јават меѓусебно како законски наследници во рамките на вториот наследен ред, секако своја поткрепа треба да се бара во разните животни ситуации. За да нема некаква злоупотреба, или забуна, оттука и

¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

² „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

³ „Службен лист на ФНРЈ“ бр. 20/55, „Службен лист на СФРЈ“ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст.

⁴ Миле Хаџи Василев – Вардарски, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983 година, стр. 114.

стриктното законско наведување на лицата кои можат заемно да се наследуваат по основ живеење во трајна заедница.

Пред да се изврши елаборирање во однос на тие лица кои можат да се јават во својство на законски наследници врз основа на фактот живеење во трајна заедница, односно на лицата кои можат меѓусебно да се наследуваат врз основа на овој факт, како и на нивните наследни делови, меѓу другото овде ќе стане збор поконкретно за поимот трајна заедница. Во Законот за наследувањето од 1996 година, се дефинира поимот трајна заедница. Законодавецот во овој контекст извршил определување на овој поим. Така, во член 29, став 3 од Законот за наследувањето од 1996 година е пропишано дека: „Трајна заедница во смисла на одредбите од овој член е онаа заедница која траела најмалку пет години и тоа непрекинато од засновањето на односите од овој член па се до смртта на оставителот.“ Идентична одредба беше содржана и во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година.⁵

Како што се забележува од погоре цитиранта одредба законодавецот, определил конкретен временски период на постоење на таа заедница. Потребно е заедницата меѓу точно определените лица да постоела од моментот на засновањето на односите па се до смртта на оставителот најмалку 5 години непрекинато. Тоа значи дека заедницата потребно е да постои до смртта на оставителот, најмалку 5 години непрекинато, од засновањето, а не определен период од животот на оставителот, а притоа не постоела се до смртта на оставителот. Оттука и заедницата може да трае и повеќе од 5 години. Така, во овој контекст, трајната заедница, опфаќа определени подробности, односно квалификации. Во однос на самата заедница, влијание можат да имаат обичаите присутни во одредени краеве. Постоењето на заедничко домаќинство би требало меѓу другото да ја окарактеризира заедницата. Во теоријата стои дека, „...видот на трајната заедница од ст. 3 на овој член може да зависи од обичаите, навиките, традициите во одделни краишта и средини, а и од занимањето на одделни членови на заедницата, имајќи го предвид и печалбарството, кое е доста присутно во нашата држава, било да е тоа надвор од неа или во нејзините граници.“⁶ Понатаму во теоријата исто така е забележано дека, „секако, заедницата би требало да е работна и потрошувачка заедница, со заедничко домаќинство, бидејќи не постои друга врска, формално изразена.“⁷

⁵ Види член 27, став 3 од поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година.

⁶ Кирил Чавдар, *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*, Агенција „Академик“ – Скопје, Скопје, 1996 година, стр. 66.

⁷ *Ibidem*.

За разлика од нашето позитивно наследно право, одредби во однос на лицата кои живееле во трајна заедница, како што всушност предвидува Законот за наследувањето од 1996 година, не се предвидени ниту во Законот за наследување на Србија од 1995 година⁸, ниту во Законот за наследување на Хрватска од 2003 година⁹, а такви одредби нема ниту во Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година.¹⁰

Така, во овој контекст во овие наследно – правни законодавства (на Србија од 1995 година, на Хрватска од 2003 година, на Црна Гора од 2008 година), како што впрочем беше и со сојузното наследно – правно законодавство од 1955 година, во споредба со нашето позитивно наследно право, не се предвидени одредби во однос на лицата кои живееле во трајна заедница, односно одредби во насока живеењето во трајна заедница да биде определено како основен факт при определувањето на кругот на законските наследници, односно за распределувањето на законските наследници во наследни редови, односно за уредување на законското наследување.

Во продолжение ќе се изврши проучување на лицата кои врз основа на фактот живеење во трајна заедница се повикуваат на наследство.

2. Лица кои можат да се појават во улога на наследници врз основа на фактот живеење во трајна заедница

Како што веќе стана збор, само изрично определени лица можат меѓусебно да се наследуваат, имајќи го предвид живеењето во трајна заедница. Имено, во својство на законски наследници можат да се појават меѓусебно со оглед на фактот живеење во трајна заедница, само определени лица кои во законот се експлицитно набројани.

Во овој контекст во член 29, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година, меѓу другото се пропишува дека: „Чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лица кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница,

⁸ Текстот на српскиот Закон за наследување од 1995 година може да се види на следната интернет страница:

http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_nasledjivanju.html.

⁹ Текстот на хрватскиот Закон за наследување од 2003 година може да се види на следната интернет страница:

<http://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.

¹⁰ Текстот на Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година може да се види на следната интернет страница:

<http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag=%7B4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6%7D>.

заемно се наследуваат под услов умрениот да не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри. Во овој случај овие лица ја наследуваат целата оставина на еднакви делови.¹¹ Имено, уште на самиот почеток, како што може да се забележи се врши набројување на тие лица. Како законски наследници меѓусебно можат да се појават само определени со закон лица, со оглед на тоа што живееле во трајна заедница и како што забележавме тоа се: Чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и маќеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лица кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница. Така, овде изрично не се наведуваат вонбрачните другари. Оттука, врз основа на својата улога како вонбрачни другари, имајќи го предвид основниот факт живеење во трајна заедница, меѓу себе не можат да се наследуваат, односно меѓусебно не можат да се појават како законски наследници.¹²

Во однос на чуваникот и хранителот, во законот тие изрично се наведуваат. Определувањето на поимот на чуваникот не е оставено на случајноста. Во Законот се дава дополнително објаснување за тоа што ќе се подразбира под овој поим. Секако ова е во насока да се отстранат секакви забуни. Имено, во член 29, став 4 од Законот за наследувањето од 1996 година се пропишува дека: „Чуваникот во смисла на овој закон е дете што некое лице (хранител) го довело кај себе да го чува и одгледува како свое, а не го посвоило.“ Ваквото решение во однос на чуваникот беше карактеристично и за поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година.¹³ Овде, не се работи за посвојување, туку меѓу другото за огледување и чување на детето. Чуваникот и хранителот, врз основа на тоа што живееле во трајна заедница, можат меѓусебно да се појават во улога на законски наследници. Така, на пример како чуваник може да се јави дете на кого обата родители му се умрени. Секако постои можност детето во моментот на настапување на смртта на хранителот, да не знае дека всушност ја има улогата на чуваник, а да го дознае тоа негово

¹¹ Во член 29 од Законот за наследувањето од 1996 година се содржани подетални одредби во однос на лицата кои живееле во трајна заедница. Додека во член 12, во однос на кругот на законските наследници во став 4 од овој член се пропишува дека: „Меѓу себе се наследуваат и чуваникот и хранителот, посинокот и очувот и маќеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и други лица, под условите и на начин определени со овој закон.“

¹² Што се однесува до вонбрачните другари, во нашата држава, согласно Законот за наследувањето од 1996 година, вонбрачната заедница, односно вонбрачната врска не претставува еден од основните правно релевантни факти врз чија основа се определува кругот на законските наследници, односно се врши уредување на законското наследување.

¹³ Види член 27, став 4 од Законот за наследувањето од 1973 година.

својство дури по смртта на хранителот. Во науката е забележано дека, „во практиката постојат примери чуваникот за првпат да го открива својот вистински однос со хранителот во оставинската постапка, кога некој од блиските роднини на оставителот ќе му го оспорува правото на наследување.“¹⁴ Понатаму, освен чуваникот и хранителот, како што веќе стана збор и посинокот и паштерката и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лицата кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница меѓу себе можат да се наследуваат, односно можат да се појават како законски наследници. Имено, во нашето позитивно наследно законодавство, кога станува збор за лицата кои можат да наследуваат врз основа на фактот живеење во трајна заедница, се опфатени и лицата кои се крвни роднини. Во реалноста е секако отворена можноста да се формира трајна заедница помеѓу крвни роднини. Во една таква заедница, односно да живеат во трајна заедница, постои можност да се најдат и подалечни крвни роднини, имајќи го предвид самиот факт дека сепак се „крвни“ роднини.

Така во, нашето наследно право, врз основа на основниот факт живеење во трајна заедница, можат меѓу себе да се наследуваат така погоре наведените со закон лица, при што сепак станува збор за законски наследници. Како и другите законски наследници, така и лицата кои се јавуваат како законски наследници врз основа на фактот живеење во трајна заедница, треба да се способни и достоини за наследување.

Така наведените лица кои се определени со законот, кои живееле во трајна заедница, врз основа на самиот факт живеење во трајна заедница, се наследуваат заемно, доколку умрениот не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри. Во овој контекст законодавецот меѓу другото пропишал дека: „...заемно се наследуваат под услов умрениот да не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри. Во овој случај овие лица ја наследуваат целата оставина на еднакви делови“ (член 29, став 1). Така определените со закон лица, согласно фактот живеење во трајна заедница, можат да се јават, односно можат да наследуваат, како наследници од вториот наследен ред. Во науката стои дека, „во вториот наследен ред како наследници можат да се јават и лицата кои живеат во трајна заедница.“¹⁵ Законодавецот го регулира и случајот кога на наследство конкурираат законски определените лица кои живееле во трајна заедница и брачниот другар на оставителот, при што за ова повеќе ќе стане збор во наредната точка. Ќе

¹⁴ Миле Хаџи Василев – Вардарски, *op. cit.*, стр. 115.

¹⁵ Љиљана Спириовиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право во Република Македонија*, Културна установа Блесок, Скопје, 2010, стр. 44.

напоменеме овде само дека во нашето позитивно наследно право, брачниот другар на оставителот се јавува како наследник од првиот и од вториот наследен ред.

Поранешниот републички Закон за наследувањето од 1973 година, во член 27, став 1 пропишуваше дека: „Чуваникот и хранителот, посинокот и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лица кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница, заемно се наследуваат под услов умрениот да не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред, и родители и браќа и сестри. Во овој случај овие лица ја наследуваат целата оставина на еднакви делови.“¹⁶ За разлика од член 29, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година, законодавецот го изоставил изричното именување на „паштерката“. Понатаму, поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година, го регулира случајот кога на наследство конкурираат со законот определените лица кои живееле во трајна заедница, со родителите, односно браќата и сестрите на оставителот, за што исто така ќе стане збор во наредната точка.

Живеењето во трајна заедница како основен факт не го уредуваше сојузниот Закон за наследувањето од 1955. За прв пат живеењето во трајна заедница како основен факт се предвидуваше во републичкиот Закон за наследувањето од 1973 година, но сепак во споредба со Законот за наследувањето од 1996 година, не се работи за идентично регулирање во двата закони.¹⁷

Во Руската Федерација, имајќи го предвид рускиот Граѓански законик¹⁸, постои можност да наследуваат и работно неспособните и издржувани лица од

¹⁶ Во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година, во член 27, беа содржани подетални одредби во врска со лицата кои живееле во трајна заедница. Додека во член 10, во однос на кругот на законските наследници во став 4 од тој член беше пропишано дека: „Меѓу себе се наследуваат и чуваникот и хранителот, посинокот и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и други лица, под условите и на начин определен со овој закон.“

¹⁷ Во теоријата стои дека, „ваквото решение, предвидено од страна на македонскиот законодавец, претставува едно од ретките во современите наследно – правни системи не само на поранешните југословенски простори, туку и пошироко во светот. Покрај македонското, и руско наследно право фактот на веќе даденото издржување го зема предвид при определувањето на кругот на законските наследници (чл. 1148 Граѓански Законик на РФ).“ Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право во Република Македонија*..., стр. 45.

¹⁸ Текстот на Граѓанскиот Законик на Руската Федерација може да се види на следната интернет страница:

оставителот. Така, граѓаните кои се квалификувани како законски наследници, согласно членовите 1143-1145, кои се работни неспособни во времето на отворањето на наследството, но не се вклучени во редот на наследници кои се повикуваат да наследат, наследуваат по закон заедно и во еднакви делови со наследниците од тој ред доколку се издржувани од оставителот најмалку една година пред смртта на оставителот, без оглед на тоа дали живееле или не живееле заедно со оставителот.¹⁹ Понатаму, и како законски наследници се сметаат граѓаните кои не се вклучени во кругот на наследници специфицирани (определени) со членовите 1142-1145 кои биле работно неспособни во времето на отворањето на наследството, кои биле издржувани од оставителот најмалку една година пред смртта на оставителот и живееле заедно, при што доколку постојат и други законски наследници тие наследуваат заедно со наследниците од редот кои се повикани на наследство.²⁰ Ако не постојат други законски наследници, односно во отсуство на други законски наследници, работно неспособните и издржувани лица од оставителот наследуваат сами како осми наследен ред.²¹ Оттука и значењето на работно неспособните и издржувани лица од оставителот, во поглед на наследувањето.

Во продолжение ќе стане збор за големината на наследниот дел на со законот определените лица кои живееле во трајна заедница.

3. Големина на наследниот дел на лицата кои живееле во трајна заедница

Како што веќе стана збор, во нашето позитивно наследно право, само определени со законот лица, со оглед на тоа што живееле во трајна заедница, можат меѓу себе да се појават во својство на законски наследници, а тоа се: Чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лицата кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница.

Така определените со закон лица кои живееле во трајна заедница, имајќи го предвид член 29, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година заемно се наследуваат под услов умрениот да не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри, при што во овој случај овие лица ја наследуваат на еднакви делови целата оставина.

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf>.

¹⁹ Види детално член 1148, став 1 од Граѓанскиот законик на Руската Федерација. Во врска со ова види ги членовите 1143-1145 од законикот.

²⁰ Види детално член 1148, став 2 од Граѓанскиот законик на Руската Федерација. Во врска со ова види ги членовите 1142-1145 од законикот.

²¹ Види член 1148, став 3 од Граѓанскиот законик на Руската Федерација.

Таквите лица кои живееле во трајна заедница со оставителот, можат да наследуваат како наследници од вториот наследен ред.

Доколку само едно лице согласно законот живеело во трајна заедница со оставителот, во тој случај доколку се разбира умрениот не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри, ја наследува целата оставина. Така, на пример чуваникот може да ја наследи целата оставина како единствен наследник на хранителот.

Како наследници од вториот наследен ред, лицата кои живееле во трајна заедница, кои согласно законот можат да наследуваат, во однос на наследувањето, ги исклучуваат потомците на браќата и сестрите на оставителот. Имено, согласно законот на наследство се повикуваат овие лица кои живееле во трајна заедница, доколку умрениот не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри, со тоа што на еднакви делови ја наследуваат оставината. Во правната наука стои дека, „присуството на лица кои живееле во трајна заедница ги исклучува потомците на браќата и сестрите во поглед на наследството и тие ја наследуваат целата оставина на еднакви делови.“²²

Во Законот за наследувањето од 1996 година се регулира случајот кога на наследство конкурираат лицата кои живееле во трајна заедница и брачниот другар на оставителот. Така во член 29, став 2 се пропишува дека: „Кога на наследство е повикан брачниот другар, лицата од став 1 на овој член ја наследуваат на еднакви делови едната половина од делот од оставината што би го наследиле родителите односно браќата и сестрите на оставителот.“ Имено, имајќи предвид дека како наследници во вториот наследен ред, деловите на родителите и брачниот другар изнесуваат по една половина, тогаш согласно погоре цитираната одредба, брачниот другар добива $\frac{3}{4}$ (три четвртини) од наследството, додека лицата кои живееле во трајна заедница $\frac{1}{4}$ (една четвртина) од наследството. Во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година се регулираше случајот кога конкурираат на наследство лицата кои живееле во трајна заедница со оставителот и родителите, односно браќата и сестрите. Така: „Кога на наследство се повикани родителите односно браќата и сестрите на оставителот, лицата од став 1 на овој член наследуваат една половина од оставината на еднакви делови, а другата половина ја наследуваат родителите односно браќата и сестрите на оставителот со право на претставување“ (член 27, став 2). Така, согласно ова лицата кои живееле во трајна заедница со оставителот наследуваат една половина од оставината на

²² Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Граѓанско применето право (наследно право)*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011 година, стр. 79.

еднакви делови, додека другата половина од оставината ја наследуваат родителите, односно браќата и сестрите на оставителот, со право на претставување.

Заклучок

Во Република Македонија, врз основа на фактот живеење во трајна заедница, можат меѓу себе да се појават во улога на законски наследници, само определените во законот лица. Станува збор за чуваникот и хранителот, посинокот и паштерката и очувот и макеата, снаата и свекорот и свекрвата, зетот и тестот и тештата и лицата кои се крвни роднини, кои живееле во трајна заедница.

Имено, живеењето во трајна заедница се јавува како еден од основните правно релевантни факти во нашата држава, врз чија основа се врши определување на кругот на законските наследници, односно се уредува законското наследување. Како еден од основните факти, живеењето во трајна заедница, е воведен во Законот за наследувањето од 1996 година, а го предвидуваше и поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година, при што не станува збор за идентично регулирање во двата споменати закони. Додека, како основен факт живеењето во трајна заедница не беше предвиден во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Одредби во врска со лицата кои живееле во трајна заедница, како што регулира Законот за наследување од 1996 година, не се предвидени ниту во Законот за наследување на Србија од 1995 година, ниту во Законот за наследување на Хрватска од 2003 година, а ниту во Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година.

Во нашето позитивно наследно право, согласно законот така определените лица кои живееле во трајна заедница, заемно се наследуваат под услов умрениот да не оставил брачен другар и други наследници од првиот наследен ред и родители и браќа и сестри, со тоа што во ваквиот случај овие лица ја наследуваат целата оставина на еднакви делови. Во однос на редот на наследувањето, овие лица кои живееле во трајна заедница, можат да наследуваат како наследници од вториот наследен ред. Така, што во врска со наследувањето, овие лица кои живееле во трајна заедница ги исклучуваат потомците на браќата и сестрите на оставителот. Доколку на наследство конкурираат овие лица кои живееле во трајна заедница со брачниот другар на оставителот, согласно законот, тогаш таквите лица кои живееле во трајна заедница, ја наследуваат на еднакви делови едната половина од делот од оставината што би го наследиле родителите, односно браќата и сестрите на оставителот.

Во позитивното наследно право на Република Македонија, се определува во овој контекст и поимот трајна заедница, па така како трајна заедница се смета онаа заедница која траела најмалку пет години и тоа непрекинато од засновањето на односите па се до смртта на оставителот. Исто така се дава и дополнително објаснување за поимот на чуваникот.

Во трудот се изврши проучување на можноста определени лица кои живееле во трајна заедница да се јават меѓусебно во својство на законски наследници, при што се согледа и нивниот наследно – правен статус, што впрочем е и целта на трудот.

Користена литература

- Blagojević T. Borislav, Antić B. Oliver, *Nasledno pravo*, Nomos, Beograd, 1991.
- Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Граѓанско применето право (наследно право)*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011.
- Marković Slavko, *Nasledno pravo*, Novinska – izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, OOUR „Knjige“, Beograd, 1981.
- Трпеновска - Спиновиќ Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Наследно право во Република Македонија*, Културна установа Блесок, Скопје, 2010.
- Трпеновска – Спиновиќ Љиљана, *Наследно право*, 2 Август, Скопје, 2009.
- Трпеновска - Спиновиќ Љиљана, *Семејно право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2008.
- Хаци Василев – Вардарски Миле, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983.
- Чавдар Кирил, *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*, Агенција „Академик“ – Скопје, Скопје, 1996.
- Закон за наследувањето (Службен лист на ФНРЈ бр. 20/55, Службен лист на СФРЈ 12/65 и 42/65 – пречистен текст).
- Закон за наследувањето (Службен весник на СРМ бр. 35/73 и 27/78).
- Закон за наследувањето (Службен весник на Република Македонија бр. 47/96).
- Закон за наследување на Србија од 1995 година. Текстот може да се види на следната интернет страница:
- http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_nasledjivanju.html.

Закон за наследување на Хрватска од 2003 година. Текстот може да се види на следната интернет страница:

<http://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.

Закон за наследување на Црна Гора од 2008 година. Текстот може да се види на следната интернет страница:

<http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag=%7B4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6%7D>.

Граѓански Законик на Руската Федерација. Текстот може да се види на следната интернет страница:

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf>.

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ГРАЖДАНСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И РЕСПУБЛИКИ МАКЕДОНИИ

Вера Бабурина

Юридический факультет, Воронежский государственный университет,
Российская Федерация

e-mail: iurfa@mail.ru

Аннотация

Цель данной статьи состоит в сравнении законодательства, регулирующего решение вопросов гражданства в Российской Федерации и Республике Македония. Указанные страны обрели независимость и самостоятельность в результате распада союзных государств. Независимо от размера своих территорий данные государства сталкиваются с необходимостью правового регулирования национального вопроса путём определения на законодательном уровне условий правовой связи гражданства. Сравнение законодательства о гражданстве России и Республики Македония показало равнозначное понимание природы гражданства, отношение к институту двойного гражданства, схожее направление российской политики в отношении граждан бывшего СССР и государственной политики Республики Македония к гражданам бывшей Республики Югославия. Различие заключается в основаниях и условиях приобретения гражданства, требованиях для выхода из гражданства и отмены решений по вопросам гражданства и т.п. На основе анализа законодательства о гражданстве республики Македония, мы предлагаем и обосновываем некоторые пути совершенствования российского законодательства о гражданстве, связанные с расширением оснований для отмены решений о прекращении российского гражданства, с усилением гарантий приёма в российское гражданство, с рассмотрением возможности приобретения российского гражданства в упрощённом порядке для иностранных граждан, состоящих в браке с гражданами Российской Федерации.

Ключевые слова: *гражданство, Российская Федерация, Республика Македония.*

Abstract

The purpose of this article is to compare legislation governing issues of citizenship in the Russian Federation and the Republic of Macedonia. These countries gained their independence and autonomy as a result of the collapse of the allied states. Regardless of the size of their territories, the two countries face the need of legal regulation of the national question by determining at the legislative level the conditions of the legal bond of citizenship. Comparison of legislation on citizenship of Russia and the Republic of Macedonia showed equivalent understanding of the nature of citizenship, the attitude to the institution of dual citizenship, a similar line of Russian policy towards the citizens of the former Soviet Union and the state policy of the Republic of Macedonia to the citizens of the former Republic of Yugoslavia. The difference lies in the grounds and conditions of the acquisition of citizenship requirements for the renunciation of citizenship and the abolition of decisions on issues of citizenship, etc. Based on the analysis of the legislation on citizenship of the Republic of Macedonia, we propose and justify some of the ways to improve Russian legislation on citizenship related to the expansion of the grounds for the annulment of the termination of Russian citizenship, with increased guarantees of admission to Russian citizenship, with the consideration of the possibility of acquiring Russian citizenship in a simplified manner for Foreign nationals who are married to citizens of the Russian Federation.

Keywords: *citizenship, Russian Federation, Republic of Macedonia.*

Российская Федерация и Республика Македония относятся к группе славянских государств, в которых основную часть населения составляют славяне, как крупнейшее в Европе этноязыковое сообщество. Славянские народы объединяет историческое и духовно-культурное наследие, которое важно сохранять в современных полицентрических условиях развития мира.¹ Именно поэтому, особое значение в научных исследованиях, направленных на укрепление сотрудничества между славянскими государствами, развитие

¹ О встрече Министра иностранных дел Российской Федерации С.В. Лаврова с послами славянских государств [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.mid.ru/maps/mk/-/asset_publisher/Bx1lWHr8ws3J/content/id/248618 (дата обращения: 01.10.2015)

культуры славянских народов, приобретает метод компаративистики (или сравнительного исследования). В области юриспруденции данный метод позволяет выявить общее и особенное в правовом регулировании однородных общественных отношений, глубже изучить проблемы, существующие в отечественном законодательстве, а также постичь положительный опыт других славянских государств и применить его в отечественной практике.

На основании вышеизложенного и в рамках Договора о сотрудничестве между Федеральным государственным бюджетным образовательным учреждением высшего профессионального образования «Воронежский государственный университет» (Российская Федерация) и Университетом им. Гоце Делчев (Республика Македония, г. Штип) нами проведено сравнительно-правовое исследование законодательства о гражданстве Российской Федерации и Закона о гражданстве Республики Македония.

Основные выводы данного исследования изложены в настоящей статье.

В соответствии с законодательством Российской Федерации регулирование вопросов российского гражданства осуществляется посредством Конституции Российской Федерации, международных договоров Российской Федерации, Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 года (далее по тексту – Закон о гражданстве), а также принимаемых в соответствии с ним иных нормативно-правовых актов Российской Федерации.

По своей структуре Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 года² состоит из девяти глав, содержащих сорок пять статей. С момента принятия в него было внесено около двадцати изменений, многие из которых затрагивают решение основополагающих вопросов российского гражданства.

В свою очередь Закон о гражданстве Республики Македония от 7 июля 2004 года³ состоящий из пяти разделов, включающих тридцать шесть статей, имеет более лаконичную структуру, не был подвержен столь сильным изменениям с момента принятия.

Рассмотрим подробнее особенности правового регулирования основных вопросов гражданства по законодательству Российской Федерации и

² О гражданстве Российской Федерации : федер. закон от 31 мая 2002 года № 62-ФЗ // СЗ РФ. - 2002. - № 22. - Ст. 2031.

³ Закона за државјанството на република Македонија од 07.07.2004 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.pravo.org.mk (дата обращения: 01.10.2015)

Республики Македония. Прежде всего, остановимся на понимании гражданства в законодательстве обозначенных стран.

В российской правовой науке, посвящённой анализу различных направлений осмысления правового явления гражданства, начиная с момента провозглашения в 1917 году каждого члена российского общества гражданином Российской Республики и завершая современным этапом становления российского государства, так и не было установлено общепризнанное понимание природы и структурных компонентов понятия «гражданство». Однако были выработаны основные научные подходы к определению гражданства. К ним относятся: понимание гражданства как правовой связи лица с государством,⁴ как субъективного права человека и гражданина,⁵ как принадлежности лица к государству,⁶ как особый вид конституционно-правовых отношений,⁷ как конституционно-правовой институт⁸ и т.д.

Одно из наиболее распространённых в отечественной науке определений гражданства как правовой связи лица с государством и нашло своё закрепление в действующем российском Законе о гражданстве. Так в соответствии со статьёй 3 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» гражданство представляет собой устойчивую правовую связь лица с Российским государством, которая выражается в совокупности их взаимных прав и обязанностей.

⁴ См., например: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России : учебник. М., 2013. 592 с.; Уманский Я.Н. Советское государственное право : учеб. для вузов. М., 1970. 448 с.

⁵ См., например: Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России : учеб. пособие. М., 1997. 304 с.; Мещеряков А.В. Гражданство РФ: возникновение, понятие, особенности структуры, приобретение и прекращение, нормативные акты: монография. Ставрополь, 2013. 336 с.

⁶ См., например: Киричёр Е.В. Конституционное право России : учебник. Тюмень, 2012. 549 с.; Советское государственное право / Под ред. проф. И.Е. Фарбера. Саратов, 1979. 324 с.

⁷ См., например: Бойцов В.Я. К вопросу о понятии гражданства как государственноправового отношения // Сборник ученых трудов. Свердловск, 1969. Вып. 9. С. 25; Мещеряков А.В. Гражданство РФ: возникновение, понятие, особенности структуры, приобретение и прекращение, нормативные акты: монография. Ставрополь, 2013. 336 с.

⁸ См., например: Права человека : учебник для вузов / под ред. Е.А. Лукашевой. М., 2001. 573 с.; Советское государственное право : учеб. пособие / Под ред. В.С. Основина. Воронеж, 1991. 216 с.

Понятие гражданства Республики Македония закреплено в статье 1 Закона о гражданстве Республики Македония и представляет собой правоотношение между лицами и государством без указания на этническое происхождение людей.

На наш взгляд, определение гражданства по законодательству Республики Македония отражает правовую связь македонских граждан со своим государством, однако не раскрывает сущность гражданства как правового явления, структурные компоненты правоотношения гражданства. В свою очередь понятие гражданства, установленное в российском законодательстве, более конкретизировано. Оно конкретизирует содержание гражданства, представляющее собой корреспондирующие права и обязанности граждан и государства.

В Конституции Российской Федерации,⁹ а также в Федеральном законе «О гражданстве Российской Федерации» закреплены принципы российского гражданства, отражающие его сущность:

1. *Принцип единого и равного гражданства* независимо от оснований его приобретения (статья 6 Конституции Российской Федерации, часть 2 статьи 4 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»). Все граждане Российской Федерации имеют одинаковый конституционно-правовой статус, обладают в равной мере правами, свободами, исполняют обязанности, следующие из российского законодательства. В вопросах гражданства не может быть «стажа», т.е. установления для кого-то льгот и преимуществ, обусловленных длительностью состояния в российском гражданстве.
2. *Принцип невозможности лишения гражданства или права его изменить* (статья 6 Конституции Российской Федерации, часть 4 статьи 4 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»). Лишение гражданства – это действие государства в лице его компетентного органа, прекращающего своим актом без учёта воли гражданина его правовую связь со своим государством. Законодательство о гражданстве раннего периода предусматривало лишение гражданства (например, по приговору суда, в случаях предусмотренных законом или в силу особого указа Президиума Верховного Совета СССР¹⁰). Запрет в Конституции Российской

⁹ См.: Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

¹⁰ О гражданстве Союза Советских Социалистических Республик : Закон СССР от 19 августа 1938 г. № 13425 – 2 // Ведомости ВС СССР. 1938. № 11. Ст. 143.

Федерации и в Законе о гражданстве от 31 мая 2002 года на лишение человека гражданства следует из двустороннего характера связи между человеком и государством, предполагающего возможность расторжения этой связи только по взаимному согласию.

3. *Принцип сохранения российского гражданства лицами, проживающими за пределами России* (часть 3 статьи 4 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»). Этот принцип следует из естественного права человека выбирать место своего жительства, свободно выезжать за пределы России и беспрепятственно возвращаться.
4. *Принцип защиты и покровительства граждан Российской Федерации за её пределами* во всех случаях с учётом объёма правового регулирования в соответствующих странах¹¹ (статья 61 Конституции Российской Федерации, часть 5 статьи 4, статья 7 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»). Покровительство – это общий принцип заботы нашего государства о своих гражданах, в то время как защита выражается в более конкретных и активных действиях. Важным аспектом защиты интересов граждан России является то, что гражданин России не может быть выслан за пределы Российской Федерации или выдан другому государству (часть 1 статьи 61 Конституции Российской Федерации, часть 5 статьи 4 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»).
5. *Принцип возможности иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство)* (статья 62 Конституции Российской Федерации, статья 6 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»).

В статье 2 Закона о гражданстве Республики Македония также закреплена возможность гражданина Республики Македония иметь гражданство другой страны. Однако уточняется, что такой гражданин рассматривается в Республике Македония исключительно как македонский гражданин, если международным договором не предусмотрено иное. Аналогичным образом решён вопрос двойного гражданства и в Российской Федерации. Отметим, одним из недавних законодательных нововведений в России является обязанность граждан Российской Федерации сообщать в соответствующие органы государства о наличии у них иного гражданства, в противном случае они могут быть привлечены к ответственности.¹²

¹¹ Авакьян С.А. Конституционное право России : учеб. курс : в 2 т. М., 2005. Т1. С. 531.

¹² О внесении изменений в статьи 6 и 30 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» и в отдельные законодательные акты Российской

Такие принципы гражданства как запрет на лишение гражданства Республики Македония, а также невозможность высылки и выдачи македонских граждан иностранному государству содержатся не в самом Законе о гражданстве Республики Македония, а в статье 4 Конституции Республики Македония.¹³

Рассмотрим основания приобретения гражданства в анализируемых странах.

В законодательстве о гражданстве Республики Македония определены следующие основания приобретения гражданства: по происхождению, по рождению, в результате натурализации, а также по иным основаниям, предусмотренным международными договорами.

В свою очередь гражданство в Российской Федерации может быть приобретено по рождению, в результате приёма в гражданство Российской Федерации в общем и упрощённом порядках, в результате восстановления в гражданстве Российской Федерации, по иным основаниям, предусмотренным действующим российским законодательством о гражданстве, а также международными договорами.

Заметим, Закон о российском гражданстве не разделяет такие основания приобретения гражданства по македонскому законодательству, как по происхождению и по рождению. Данные основания в российском законодательстве объединены в единый подинститут - приобретения российского гражданства по рождению.

Итак, проанализируем особенности правового регулирования отношений по предоставлению гражданства ребёнку в зависимости от гражданской принадлежности его родителей по законодательству Российской Федерации и Республики Македония. Рассмотрим следующие возможные ситуации:

1. Оба родителя (или единственный родитель) ребёнка являются:

1.1. гражданами Республики Македония (гражданами Российской Федерации). В таком случае гражданство Республики Македония (Российской Федерации) ребёнок приобретает, не зависимо от места рождения.

1.2. лицами без гражданства (лицом без гражданства), проживающими на территории Республики Македония (Российской Федерации). В таком

Федерации : федер. закон от 4 июня 2014 года № 142-ФЗ // СЗ РФ. 2014. № 23. Ст. 2927.

¹³ Конституция Республики Македония от 17 ноября 1991 года [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://worldconstitutions.ru/?p=113> (дата обращения: 01.10.2015)

случае ребёнок приобретает гражданство Республики Македония (Российской Федерации) в случае, если он родился на её территории.

1.3. иностранными гражданами (иностранным гражданином), проживающими на территории Республики Македония (Российской Федерации). В соответствии с российским законодательством, ребёнок приобретает российское гражданство в данной ситуации, если он родился на территории Российской Федерации, а государство, гражданами которого являются его родители или единственный родитель, не предоставляют ребёнку своё гражданство. Македонское законодательство не предусматривает предоставление ребёнку македонского гражданства в такой ситуации. Более того, предполагает возможность лишения македонского гражданства ребёнка, которому было предоставлено такое гражданство, а в последствии было установлено, что родители ребёнка имеют иностранное гражданство.

2. Один из родителей имеет гражданство Республики Македония (Российской Федерации), а другой родитель является:

2.1. лицом без гражданства, либо гражданство его неизвестно, или он признан безвестно отсутствующим.

В таком случае гражданство Республики Македония (Российской Федерации) ребёнок приобретает, не зависимо от места рождения.

2.2. иностранным гражданином, при условии, что:

2.2.1. ребёнок родился на территории Республики Македония (Российской Федерации).

Ребёнок приобретает гражданство Республики Македония, если родители по соглашению сторон не определяют, что ребёнок приобретает гражданство другого родителя. По российскому законодательству о гражданстве соглашение родителей в такой ситуации не предполагается.

2.2.2. ребёнок родился за пределами территории Республики Македония (Российской Федерации).

Ребёнок приобретает гражданство Республики Македония, если в возрасте до 18 лет будет записан как гражданин Республики Македония или до 18 лет постоянно проживал в Республике Македония с родителем, который имеет македонское гражданство. Также гражданство Республики Македония может быть приобретено и лицом, которое не было зарегистрировано до 18 лет как гражданин Республики Македония, если он подаст заявление о приёме в гражданство Республики Македония в возрасте до 23 лет. По российскому законодательству в такой ситуации, ребёнок приобретает российское

гражданство только в том случае, если иностранное государство, в котором родился ребёнок, не предоставляет ребёнку своё гражданство и ребёнку грозит состояние безгражданства. Данная норма направлена на исключение ситуации безгражданства ребёнка в случае рождения его за пределами России у родителей с разным гражданством.

3. Оба родителя ребёнка не известны, а ребёнок находится на территории Республики Македония (Российской Федерации). В данном случае ребёнок приобретает гражданство Республики Македония сразу, а гражданство Российской Федерации в том случае, если родители ребёнка не объявятся в течение шести месяцев со дня его обнаружения.

Теперь рассмотрим и сравним условия приобретения македонского гражданства в порядке натурализации, а также российского гражданства в порядке приёма.

Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» устанавливает два порядка приёма в российское гражданство: общий и упрощённый для некоторых категорий граждан.

При приёме в российское гражданство в общем порядке дееспособному иностранному лицу или лицу без гражданства, достигшему возраста восемнадцати лет необходимо соответствовать следующим требованиям: постоянно проживать на территории Российской Федерации в течение пяти лет; иметь законный источник средств к существованию; взять на себя обязательство соблюдать Конституцию и законодательство Российской Федерации; владеть русским языком; отказаться от прежнего гражданства (кроме случаев, предусмотренных международным договором или законом, либо когда такой отказ невозможен в силу не зависящих от лица причин).

Законодательство о гражданстве Республики Македония также предусматривает необходимость соблюдения вышеуказанных условий при приобретении гражданства с учётом некоторых особенностей: срок постоянного проживания иностранного гражданина на территории Республики Македония увеличивается до восьми лет; предусмотрена клятва о верности своему государству; кроме законного источника средств к существованию необходимо быть обеспеченным жильём.

В соответствии с российским законодательством, если отсутствуют обстоятельства, по которым отказ от прежнего гражданства не возможен, то документом, подтверждающим отказ от прежнего гражданства, является копия обращения заявителя в дипломатическое представительство или консульское учреждение иностранного государства в Российской Федерации об отказе от имеющегося гражданства с нотариально заверенной подписью заявителя, а

также квитанция о заказном почтовом отправлении такого обращения.¹⁴ На наш взгляд, указанные документы подтверждают намерения заявителя отказаться от прежнего гражданства, однако, не подтверждают документальное оформление такого отказа со стороны государства его гражданской принадлежности. В связи с изложенным возникает вопрос о достаточности указанных документов для доказательства выполнения требования об отказе от прежнего гражданства при приёме в гражданство Российской Федерации.

В соответствии с законодательством о гражданстве Республики Македония, условие об отказе от прежнего гражданства при приобретении македонского гражданства считается выполненным, если иностранный гражданин докажет, что он является лицом без гражданства, либо то, что прежнее гражданство будет утрачено при приобретении македонского гражданства. Заявление иностранного гражданина в полномочный орган государства своей гражданской принадлежности об отказе от прежнего гражданства также может подтверждать отказ от прежнего гражданства только в том случае, если государство отказывает иностранному гражданину в выходе из гражданства и создаёт такие условия для выхода, которые иностранный гражданин не может выполнить. И это положение рассматривается скорее как исключение из правила. На выполнение условия об отказе от прежнего гражданства по македонскому законодательству отводится два года с момента подачи заявления о приёме в гражданство Республики Македония. Также гражданину выдаётся документ, гарантирующий его приём в македонское гражданство при соответствии всем остальным условиям приёма в македонское гражданство.

На наш взгляд, законодательство Республики Македония, посвящённое отказу от прежнего гражданства, направлено на усиление юридических гарантий права на гражданство для иностранных граждан, способствует исключению возможной ситуации безгражданства для иностранного лица, отказавшегося от прежнего гражданства и ещё не получившего македонского гражданства. Полагаем, в российском законодательстве о гражданстве необходимо также закрепить нормативное положение о предоставлении документа-гарантии о приёме в российское гражданство иностранным гражданам и лицам без гражданства, соответствующим иным условиям о приёме в российское гражданство.

¹⁴ Об утверждении Положения о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации : Указ Президента Рос. Федерации от 14 нояб. 2002 г. № 1325 // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4571.

К другим условиям, необходимым для приобретения гражданства Республики Македония в порядке натурализации, относятся например, отсутствие запрета на пребывание в Республике Македония, отсутствие угрозы безопасности Республики Македония со стороны иностранного гражданина, отсутствие преследования в уголовном порядке компетентными органами государства гражданской принадлежности и т.д. Аналогичные положения содержатся и в российском законодательстве о гражданстве, однако, не в качестве условий приёма в российское гражданство, а в качестве оснований отклонения заявлений о приёме в российское гражданство.

Срок постоянного проживания на территории Республики Македония, а также на территории Российской Федерации, необходимый для приобретения гражданства, сокращён для лиц, имеющих статус беженца. А по македонскому законодательству и для лиц без гражданства.

Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 года предусматривает упрощённый порядок приёма в российское гражданство, сущность которого состоит в исключении различных условий, необходимых для приёма в гражданство, в отношении отдельных категорий лиц. Закон о гражданстве Республики Македония, хотя прямо не закрепляет наличие упрощённого порядка натурализации, но косвенно отражает упрощённую процедуру получения македонского гражданства для отдельных категорий граждан (например, эмигранты, иностранные граждане, состоящие в браке с гражданами Македонии не менее трёх лет, лица, к которым Республика Македония имеет научный, экономический, культурный, спортивный или иной интерес и т.д.)

Перечень категорий граждан, которым предоставлено право на приём в российское гражданство в упрощённом порядке, значительно шире и включает, например, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих предпринимательскую деятельность в Российской Федерации не менее трёх лет, инвесторов, квалифицированных специалистов, ветеранов Великой Отечественной войны, имевших гражданство бывшего СССР и проживающих на территории Российской Федерации и т.д.

Особое внимание обратим на возможность приобретения российского гражданства в упрощённом порядке для иностранных граждан, состоящих в браке с гражданами Республики Македония (с гражданами Российской Федерации соответственно).

По российскому законодательству о гражданстве приобрести гражданство в результате приёма в упрощённом порядке могут иностранный гражданин и лицо без гражданства, проживающие на территории Российской

Федерации, и состоящие в браке с гражданином Российской Федерации не менее трёх лет.

В македонском законодательстве возможность приобретения гражданства по упрощённым условиям предусмотрена для иностранных граждан, состоящих в браке с гражданами Республики Македония, и проживающих как на территории Республики Македония, так и за её пределами. Для иностранных граждан, проживающих на территории Республики Македония не менее одного года, необходимо состоять в браке с гражданами Республики Македония не менее трёх лет. Для иностранных граждан, проживающих за пределами Республики Македония, необходимо состоять в браке с гражданами Республики Македония не восьми лет и иметь сильную и эффективную связь с Республикой Македония. На наш взгляд, такую возможность можно было бы предусмотреть и в российском законодательстве о гражданстве, упростив процедуру получения российского гражданства иностранным гражданам и лицам без гражданства, состоящим длительное время в браке с гражданами Российской Федерации, проживающими за её пределами, и поддерживающими постоянную связь с Российской Федерацией.

Особенностью российского законодательства о гражданстве является упрощение условий и процедуры приёма в российское гражданство для российских соотечественников. Это в полной мере согласуется с одной из главных задач Российской Федерации в области международного гуманитарного сотрудничества и прав человека в соответствии с Концепцией внешней политики России, представляющей собой создание условий для содействия добровольному переселению на постоянное жительство в Российскую Федерацию тех соотечественников, кто делает такой выбор.¹⁵

В соответствии со статьёй 1 Федерального закона «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом»,¹⁶ соотечественниками являются лица, родившиеся в одном государстве, проживающие либо проживавшие в нем и обладающие признаками общности языка, истории, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомки указанных лиц по прямой нисходящей линии.

¹⁵ Концепция внешней политики Российской Федерации : утверждена Президентом Рос. Федерации 12 февраля 2013 г. // Справочно-поисковая система «Консультант плюс».

¹⁶ О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом : федер. закон от 24 мая 1999 года № 99-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 22. Ст. 2670.

Соотечественниками также признаются лица и их потомки, проживающие за пределами территории Российской Федерации и относящиеся, как правило, к народам, исторически проживающим на территории Российской Федерации, а также сделавшие свободный выбор в пользу духовной, культурной и правовой связи с Российской Федерацией лица, чьи родственники по прямой восходящей линии ранее проживали на территории Российской Федерации, в том числе:

лица, состоявшие в гражданстве СССР, проживающие в государствах, входивших в состав СССР, получившие гражданство этих государств или ставшие лицами без гражданства;

выходцы (эмигранты) из Российского государства, Российской республики, РСФСР, СССР и Российской Федерации, имевшие соответствующую гражданскую принадлежность и ставшие гражданами иностранного государства или лицами без гражданства.

На территории Российской Федерации действует Государственная программа по оказанию содействия добровольному переселению соотечественников (далее - Госпрограмма), которая позволяет иностранным гражданам и лицам без гражданства – российским соотечественникам, являющимися участниками указанной Госпрограммы, приобрести российское гражданство в упрощённом порядке. Преимущественно такой возможностью пользуются российские соотечественники, прибывшие в Российскую Федерацию из государств, входивших в состав бывшего СССР.¹⁷

Также в упрощённом порядке могут получить российское гражданство иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие на территории Российской Федерации и признанные носителями русского языка. К носителям русского языка по законодательству относятся лица, владеющие русским языком и повседневно использующие его в семейно-бытовой и культурной сферах, в случае если данные лица либо их родственники по прямой восходящей линии постоянно проживают или проживали на территории Российской Федерации или на территории, относившейся к

¹⁷ Мониторинг реализации Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом, на территориях вселения субъектов Российской Федерации во 2 квартале 2015 года [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.fms.gov.ru/programs/fmsuds/monitoring/> (дата обращения: 01.10.2015)

Российской империи или СССР, в пределах государственной границы Российской Федерации.¹⁸

Отметим, в законодательстве о гражданстве Республики Македония также есть некоторые нормы, посвящённые упрощению процедуры приобретения гражданства для граждан бывшей Югославии, а также граждан других республик, входивших в состав бывшей Югославии, проживающих на момент провозглашения независимости Республики Македония в 1991 году на её территории. Однако такие нормативные положения имеют ограниченный срок действия.

Ещё одним основанием для приобретения российского гражданства является восстановление в гражданстве иностранных граждан и лиц без гражданства, ранее имевших российское гражданство. Македонское законодательство, хотя прямо и не закрепляет такое основание для получения македонского гражданства, но косвенно содержит положения, связанные с ним. Так, эмигрант из Республики Македония может быть восстановлен в гражданстве Республики Македония, если с момента прекращения гражданства Республики Македония прошёл период не менее трёх лет.

Далее проанализируем особенности изменения гражданства детей в зависимости от изменения гражданства родителей, усыновителей, опекунов и попечителей по законодательству Российской Федерации и Республики Македония. Рассмотрим следующие возможные ситуации:

1. Если оба родителя ребёнка имеют российское (македонское) гражданство и:

1.1. прекращают гражданство Российской Федерации (Республики Македония), то гражданство Российской Федерации (Республики Македония) прекращается и у их ребёнка.

1.2. гражданство Российской Федерации (Республики Македония) прекращается у одного из родителей, то ребёнок сохраняет российское (македонское) гражданство, если отсутствует письменное согласие второго родителя на прекращение у ребёнка российского (македонского) гражданства.

2. Если оба родителя ребёнка имеют гражданство иностранного государства и:

¹⁸ О внесении изменений в Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» и в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 20 апреля 2014 года № 71-ФЗ // СЗ РФ. 2014. № 16. Ст. 1828.

2.1. приобретают гражданство Российской Федерации (Республики Македония), то гражданство Российской Федерации (Республики Македония) приобретает и их ребёнок.

2.2. один из родителей приобретает гражданство Российской Федерации (Республики Македония) и их ребёнок:

2.2.1. проживает на территории Российской Федерации (Республики Македония), то ребёнок может приобрести российское (македонское) гражданство по заявлению его родителя, приобретающего российское (македонское) гражданство;

2.2.2. проживает за пределами Российской Федерации (Республики Македония), то ребёнок может приобрести российское (македонское) гражданство по заявлению обоих родителей.

3. Если один из родителей имеет гражданство иностранного государства, а другой родитель является лицом без гражданства и:

3.1. гражданство Российской Федерации приобретает родитель, имеющий гражданство иностранного государства, то ребёнок приобретает российское гражданство по заявлению родителя, приобретающего российское гражданство;

3.2. гражданство Российской Федерации приобретает родитель, являющийся лицом без гражданства, то ребёнок приобретает российское гражданство по заявлению обоих родителей.

Сопоставим положения законодательства Российской Федерации и Республики Македония относительно изменения гражданства детей при их усыновлении (удочерении).

1. Ребёнок, имеющий гражданство Российской Федерации, при усыновлении его иностранными гражданами (иностраным гражданином) сохраняет российское гражданство. Гражданство ребёнка может быть прекращено по заявлению обоих усыновителей (единственного усыновителя) при условии, что ребёнок не станет лицом без гражданства. Ребёнок, имеющий гражданство Республики Македония, при усыновлении его иностранными гражданами, перестаёт иметь македонское гражданство по заявлению усыновителей.

2. Ребёнок, имеющий иностранное гражданство и усыновлённый (удочерённый) супругами, имеющими российское (македонское) гражданство, приобретает российское (македонское) гражданство. Ребёнок, имеющий иностранное гражданство и усыновлённый (удочерённый) супругами, один из которых имеет российское гражданство, а второй имеет иностранное

гражданство, может приобрести российское гражданство по заявлению обоих усыновителей.

Отметим, Федеральным законом «О гражданстве Российской Федерации» также урегулирован вопрос гражданства детей и недееспособных лиц, над которыми была установлена опека или попечительство.

Основания прекращения гражданства по законодательству Российской Федерации аналогичны основаниям прекращения гражданства в соответствии с законодательством Республики Македония: вследствие выхода из гражданства и по иным основаниям.

К основаниям отмены решений по вопросам и российского, и македонского гражданства относятся: предоставление заявителем подложных документов или заведомо ложных сведений. Основанием для отмены решения о прекращении македонского гражданства также является факт дальнейшего проживания бывшего гражданина Республики Македония (в течение одного года с момента принятия решения о выходе его из гражданства) на территории Республики Македония и отсутствие у него гражданства иностранного государства.

Конституцией Российской Федерации гарантируется право гражданина Российской Федерации на изменение российского гражданства на гражданство иностранного государства. Таким образом, прекратить российское гражданство можно только при наличии гарантий на приобретение российским гражданином другого гражданства. Следовательно, прекращение российского гражданства вследствие выхода из гражданства возможно только путём изменения российского гражданства на иное гражданство. Т.е., исходя из буквального прочтения российского законодательства, невозможно отказаться от российского гражданства, не приобретая при этом другое гражданство.

На основании изложенного, а также в целях исключения ситуации, при которой в силу различных причин, бывший гражданин Российской Федерации, оформивший выход из российского гражданства, не приобрёл гражданства иностранного государства и продолжает проживать на территории Российской Федерации, может остаться лицом без гражданства, мы полагаем возможным закрепить положение об отмене решения о прекращении российского гражданства в таком случае подобно македонскому законодательству.

Компетентными государственными органами, ведающими вопросами гражданства в Российской Федерации являются Президент Российской Федерации, Федеральная миграционная служба и её территориальные органы, Министерство иностранных дел, дипломатические представительства и

консульские учреждения Российской Федерации, находящиеся за пределами Российской Федерации.

Государственными органами, уполномоченными на решение вопросов гражданства в Республике Македония, являются Министерство внутренних дел, а также консульские учреждения Республики Македония за границей.

Отметим, что законодательством и Российской Федерации, и Республики Македония, предусмотрена возможность обжалования решений по вопросам гражданства. Однако в соответствии с российским законодательством решение об отклонении заявления по вопросам гражданства обжалуется в суд, а по законодательству Республики Македония обращению в суд предшествует обязательный административный порядок обжалования подобных решений в компетентную комиссию Республики Македония.

В результате проведённого нами сравнительно-правового исследования законодательства о гражданстве Российской Федерации и Республики Македония было установлено следующее. Среди основных общих черт в законодательстве о гражданстве указанных стран можно выделить: равнозначное понимание природы правового явления гражданства; отражение основополагающих принципов гражданства; схожее решение вопросов двойного гражданства, гражданства детей при изменении гражданства родителей, усыновителей, возможности обжалования решений по вопросам гражданства; одинаковый перечень оснований прекращения гражданства. Перечень оснований и условий приобретения гражданства в соответствии с законодательством Республики Македония шире по сравнению с российским законодательством. В свою очередь российское законодательство о гражданстве предусматривает возможность приобрести российское гражданство по упрощённой процедуре для большего количества категорий граждан по сравнению с македонским законодательством. Законодательство о российском гражданстве подвержено изменениям, характеризуется политичностью и направленностью на упрощение процедуры получения гражданства для российских соотечественников. Ряд подобных законодательных положений, связанных с упрощением процедуры приобретения македонского гражданства для граждан бывшей Югославии, а также для граждан республик, входивших в состав бывшей Югославии, находит своё отражение и в македонском законодательстве, но имеет ограниченный срок действия. Благодаря использованию метода сравнительного исследования в данной работе, были выявлены некоторые положения в законодательстве о гражданстве Республики Македония, которые были бы полезны отечественному законодательству: предоставление документа-гарантии о приёме в македонское гражданство иностранным

гражданам и лицам без гражданства, соответствующим иным условиям о приёме в гражданство; возможность предоставления македонского гражданства по упрощённой процедуре иностранному гражданину, состоящему в браке с гражданином Македонии, проживающему за границей, и имеющему тесную связь с Республикой Македония; отмена решения о прекращении македонского гражданства в связи с выявлением факта дальнейшего проживания бывшего гражданина Республики Македония (в течение одного года с момента принятия решения о выходе его из гражданства) на территории Республики Македония и отсутствия у него гражданства иностранного государства. Мы полагаем, закрепление обозначенных положений в российском законодательстве о гражданстве будет способствовать усилению юридических гарантий права на гражданство, устранению возможных случаев безгражданства.

Проведённое нами исследование, направленное на определение общего, особенного в законодательстве Российской Федерации и Республики Македония, выявление положительного правового регулирования отдельных вопросов в области гражданства, в конечном итоге, будет способствовать поддержанию и укреплению «традиционно дружественных»¹⁹ неразрывных связей, которые существуют между Российской Федерацией и Республикой Македония, как представителями группы европейских славянских государств.

¹⁹ Интервью Посла России в Македонии О.Н. Щербака журналу «Республика» 23 января 2015 года. - Режим доступа: <http://www.russia.org.mk/rus/vest.asp?id=981> (дата обращения: 01.10.2015)

ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЕ И ОХРАНА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДУ КАК ОБЪЕКТ АДМИНИСТРАТИВНО – ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Екатерина Маркина

Аспирантка 3го года обучения, кафедра административного и муниципального права, Юридический факультет, Воронежский государственный университет,
Российская Федерация

e-mail: katherinmark@mail.ru

Аннотация

Цель данной статьи - исследовать проблемы административно-правового регулирования природопользования и охраны окружающей среды в России и за рубежом. В статье проведен анализ законодательства России и зарубежных стран в области природопользования и охраны окружающей среды с целью определения природопользования как объекта административно-правового регулирования. На основе оценки законодательства и научной литературы мы предлагаем определять природопользование как целенаправленную деятельность человека в сфере изучения и рационального использования природы, природных ресурсов, реализующего свои способности для получения определенных материальных благ. Владение, пользование и распоряжение природными богатствами Земли осуществляются в большинстве стран с согласия государства. Данная практика установилась исходя из общепризнанной международной нормы о том, что владение, пользование и распоряжение природными богатствами своей страны, и, в частности, недрами и их ресурсами, рассматриваются как неотъемлемый элемент суверенитета каждого государства. В результате анализа законодательства и правоотношений различных государств в сфере природопользования и охраны окружающей среды можно определить, что объектами отношений природопользования являются: природный ресурс как природный объект; природный ресурс как объект природопользования; участок природного ресурса; права пользования природными ресурсами и их участками; добытые природные ресурсы; отходы природопользования; информация о природных ресурсах. В целях настоящей статьи и на основе изученных материалов мы формулируем и обосновываем определение административно-правового регулирования природопользования и охраны окружающей среды как регламентированную нормами права

деятельность наделенных властными публичными полномочиями субъектов по обеспечению рационального освоения и охраны природных ресурсов Земли, их воспроизводству, а также созданию и соблюдению благоприятных условий жизнедеятельности и экологической безопасности общества.

Ключевые слова: *административное право, природопользование, охрана окружающей среды.*

Abstract

The purpose of this article is to research problems of administrative legal regulation of environmental management and environmental protection in Russia and in foreign countries. The analysis of the legislation of Russia and foreign countries in the field of environmental management and environmental protection is carried out in this article. It is known that rights of possession, uses and orders of natural resources are performed in the majority of the countries with the consent of the state. This practice was established proceeding from the universally recognized international standard that rights of possession, uses and orders of natural resources of a country are considered as an indivisible element of the sovereignty of each state. Based on the analysis results of the legislation and legal relationship of various states in the sphere of environmental protection, we suggest to determine that objects of the relations of environmental management include: natural resources; rights to use natural resources and their sites; an environmental waste management; information on natural resources. For the purpose of this article and on the basis of the studied materials, we propose and justify determination of administrative legal regulation of environmental management and environmental protection as the activities of the subjects allocated with imperious public powers for ensuring rational development and protection of natural resources of Earth, their reproduction, also creation and observance of favorable conditions of activity and an ecological safety of society regulated by rules of the law.

Keywords: *administrative law, environmental management, environmental protection.*

Современная административно-правовая литература уделяет повышенное внимание вопросам регулирования различных сфер общественной жизни. Но, к сожалению, исследования, имеющие своим специальным предметом проблемы административно-правового регулирования природопользования и охраны окружающей среды в России и за рубежом, практически отсутствуют. Существующие работы либо носят характер межотраслевых исследований природопользования, либо посвящены рассмотрению его отдельных аспектов преимущественно представителями конституционно-правовой, гражданско-правовой и финансово-правовой отраслей юридической науки. В первую очередь среди этих исследований следует выделить работы Д. Г. Храмова¹, И. И. Павлова², Д. В. Хаустова³ и С. В. Гудкова⁴. Административно-правовым исследованиям, затрагивающим вопросы административной ответственности, посвящены работы Ю. Н. Старилова, Е. В. Скоморохиной⁵ и А. В. Илюшина⁶. Кроме того, специальные административно-правовые исследования проблематики недропользования присутствуют в работах Д. В. Василевской⁷ и А. М. Волкова⁸.

Исследование данного вопроса дает основание полагать, что не все проблемы административно-правового регулирования природопользования и охраны окружающей среды в России на сегодняшний день получили должное теоретическое осмысление и вряд ли могут считаться в должной мере исследованными. В этом контексте исследование административно-правового

¹ Гудков С. В. Правовое обеспечение государственного регулирования недропользования: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.06. М., 2005.

² Павлов И. И. Правовой режим использования недр для геологического изучения и добычи нефти и газа в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.06. М., 2008.

³ Хаустов Д. В. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.06. М., 2003.

⁴ Храмов Д. Г. Право пользования недрами в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.2006. М., 2004.

⁵ Скоморохина Е. В. Административно-правовое обеспечение защиты окружающей среды: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. Воронеж, 2002.

⁶ Илюшин А. В. Административная ответственность за нарушение законодательства о недрах (по материалам Сибирского федерального округа): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. Тюмень, 2008.

⁷ Василевская Д. В. Административно-правовой режим недропользования в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. 12.00.14. М., 2008.

⁸ Волков А. М. Административно-правовое регулирование недропользования в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.14. М., 2009.

регулирования природопользования и охраны окружающей среды за рубежом приобретает особую актуальность и, несомненно, представляет большой научный и практический интерес для специалистов, занимающихся проблемами административно-правового регулирования в России.

Под природопользованием понимается целенаправленная деятельность человека в сфере изучения и рационального использования природы и её ресурсов и реализация им своих физических и умственных способностей для получения материальных благ⁹. В большинстве стран владение, пользование и распоряжение природными богатствами Земли осуществляются с согласия государства. Как отмечает Б. Д. Клюкин¹⁰, данная практика сложилась исходя из общепризнанной международной нормы о том, что владение, пользование и распоряжение природными богатствами своей страны, в том числе, недрами и их ресурсами, рассматриваются как неотъемлемый элемент суверенитета каждого государства.

Исследователи отмечают, что экологическая обстановка под воздействием антропогенной деятельности (её ещё иногда называют техногенезом) на протяжении всей истории человечества и прежде очень часто испытывала резкие перемены, приводившие к кризисам различного масштаба¹¹. В настоящее время уровень человеческого воздействия на окружающую среду возрос настолько, что изменения затрагивают процессы, происходящие не только в биосфере, но даже в земной коре. Эти изменения настолько масштабны, что позволяют ряду учёных говорить о возникновении нового геологического периода.

Итак, когда способность человека преобразовывать окружающую среду в столь впечатляющих масштабах, очевидна всем, возникает резонный вопрос: как обратить эту способность во благо?

Очевидно, что без понимания проблемы всеми мировыми государствами она не может быть эффективно решена. Поиск путей объединения усилий государств и народов, безусловно, должен строиться в строгом соответствии с общепризнанными международными нормами и принципами.

Для этого сначала необходимо изучить вопросы государственного управления или административно-правового регулирования

⁹ Волков А. М. Административно-правовое регулирование недропользования в Российской Федерации: Монография. М.: Издательство "Щит-М", 2009.

¹⁰ Клюкин Б. Д. Горные отношения в странах Западной Европы и Америки. М.: Городец-издат, 2000

¹¹ Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право: Учеб. пособие. М.: РУДН, 2007. С. 5 - 6.

природопользования и охраны окружающей среды в различных странах. Это позволит определить общее направление такого регулирования, а также воспользоваться наиболее оптимальными и рациональными решениями проблемы, выработанными в этих странах.

Законодатель РФ не даёт определение понятию "объект природопользования". Вместе с тем, из анализа существующего законодательства (ФЗ РФ "Об охране окружающей среды") можно сделать вывод, что объект природопользования представляет собой естественную экологическую систему, природный ландшафт и составляющие их элементы, сохранившие свои природные свойства, используемые в хозяйственной и (или) иной деятельности хозяйствующими и (или) иными субъектами.

Объектами отношений природопользования являются сам природный ресурс (природный объект или объект природопользования), участок природного ресурса, права пользования природными ресурсами и их участками, добытые природные ресурсы, отходы природопользования, а также земельные участки как объект разработки природных ресурсов, а также информация о природных ресурсах.

Поскольку вопросы охраны окружающей среды имеют огромное значение, они не могут не находить своё отражение в конституциях многих государств.

Например, в статье 45.1 Конституции Испании отмечается: "Все имеют право пользоваться окружающей средой, благоприятной для развития личности, и обязаны сохранять её"¹². Статья 9 Конституции КНР устанавливает гарантию рационального использования природных ресурсов и запрет на присвоение и разрушение природных ресурсов любым организациям или отдельным лицам¹³ (хотя, к сожалению, в действительности состояние природной среды в КНР отнюдь не соответствует декларируемому в названном положении Конституции курсу). Статья 225 Конституции Бразилии устанавливает, что "все люди имеют право на окружающую среду, находящуюся в экологическом равновесии, которая представляет собой достояние, находящееся в общем пользовании народа и имеющее существенное значение для качества жизни с точки зрения здоровья, при этом на государство и общество возлагается обязанность охранять его и сохранить его для нынешнего и будущего поколений". Наконец, Венгерская Республика в своей Конституции признает и обеспечивает индивидуальное право граждан на здоровую окружающую среду. Конституция

¹² Дубровин В. Н. Указ. соч. С. 204. <10> Там же. С. 362. <11> Там же. С. 371.

¹³ Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 397.

Российской Федерации также содержит положения, касающиеся защиты окружающей среды.

Рассмотрим отдельные виды природных объектов в контексте их правового статуса. Регулирование земельных отношений осуществляется исходя из представлений о земле как о природном объекте, природном ресурсе и недвижимом имуществе. Земля как природный объект охраняется в качестве важнейшей составной части природы¹⁴. В качестве природного ресурса она используется как средство производства в сельском и лесном хозяйстве и как основа осуществления хозяйственной и иной деятельности на территории конкретной страны. Наконец, недвижимым имуществом земля выступает в виде объекта права собственности и иных прав на неё. Следует отметить, что при этом многие страны соблюдают приоритет охраны земли как важнейшего компонента окружающей среды и средства производства в сельском и лесном хозяйстве перед использованием земли в качестве недвижимого имущества. Собственники земельных участков вправе осуществлять владение, пользование и распоряжение землей, если это не наносит ущерба окружающей среде. В частности, в Конституции Италии записано: "Закон... содействует улучшению и освоению земель"¹⁵. Швейцарская Конфедерация в ст. 2 федеральной Конституции принимает на себя "обязательства в пользу длительного сохранения природных ресурсов". Также несколько статей её Конституции посвящены окружающей среде и обустройству территории¹⁶.

Недра, как можно сделать вывод из анализа источников права разных государств (горных кодексов, горных законов, законов о недрах), это природный объект, расположенный ниже почвенного слоя, а при его отсутствии – ниже земной поверхности и дна водоёмов и водотоков, простирающийся до глубин, доступных для геологического изучения и освоения. Одновременно недра являются ещё и природным ресурсом. Так, Конституция Бразилии в статье 176 устанавливает, что "месторождения, разрабатываемые или нет, и другие минеральные ресурсы и гидроэнергетический потенциал представляют собой собственность, отличную от собственности на землю, когда речь идет о добыче или использовании, и принадлежат Союзу"¹⁷. Можно сказать, что недрами человек стал пользоваться ещё на заре своего существования, когда впервые зашёл в пещеру. Но с началом освоения богатств земных недр возник самый

¹⁴ Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. N 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. N 44. Ст. 4147.

¹⁵ Статья 44 Конституции Италии // Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 72.

¹⁶ Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 90.

¹⁷ Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 348.

распространенный вид пользования недрами: добыча полезных ископаемых. Добыче полезных ископаемых предшествуют их поиски и разведка (геологическое изучение), необходимые для определения запасов, качества руд, выбора способов разработки месторождений. Использование недр Земли для строительства и эксплуатации подземных сооружений также является видом пользования недрами.

Под водным объектом понимается природный или искусственный водоём, водоток либо иной объект, постоянное или временное сосредоточение вод в котором имеет характерные формы и признаки водного режима. К поверхностным водным объектам относятся: океаны, моря или их отдельные части (проливы, заливы, в том числе бухты, лиманы и другие); водотоки (реки, ручьи, каналы); водоёмы (озера, пруды, обводненные карьеры, водохранилища); болота; природные выходы подземных вод (родники, гейзеры); ледники, снежники¹⁸. Поверхностные водные объекты состоят из поверхностных вод и покрытых ими земель в пределах береговой линии. К подземным водным объектам относятся бассейны подземных вод и водоносные горизонты. Границы подземных водных объектов достаточно часто определяются в различных странах в соответствии с законодательствами о недрах. Обеспечение сохранности водных объектов (как вида природного объекта) также закреплено на законодательном уровне многих государств. Например, в 76 статье федеральной Конституции Швейцарской Конфедерации указано, что "Конфедерация заботится о рациональном использовании водных ресурсов, об их сохранении и борется против такого их использования, которое наносит им непоправимый ущерб"¹⁹.

Регулирование лесных отношений осуществляется с учётом представлений о лесе как о совокупности лесной растительности, земли, животного мира и других компонентов окружающей природной среды, имеющей важное экологическое, экономическое и социальное значение. Формы собственности на лесные участки определяются во многих странах в соответствии с земельным законодательством.

Природные объекты могут находиться в пределах государственных границ и континентального шельфа государства и в его исключительной экономической зоне, а также за пределами территории государства. В последнем случае правоотношения по поводу этих объектов регулируются нормами международного права окружающей среды. Природные ресурсы предоставляются в пользование в виде участка природных ресурсов. Это могут

¹⁸ Водный кодекс Российской Федерации от 3 июня 2006 г. N 74-ФЗ // СЗ РФ. 2006. N 23. Ст. 2381.

¹⁹ Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 102.

быть: земельный участок, лесной участок, водный объект, участок недр. Земельный участок как объект правовых земельных отношений представляет собой часть поверхности земли, границы которой описаны и удостоверены в установленном порядке. Лесной участок – объект лесных правоотношений. Участок недр – объект горных правоотношений по поводу пользования недрами; участок земной коры, ограниченный почвенным слоем, дном водоемов или водотоков или дневной поверхностью и вертикальной образующей с ограничениями или без ограничений по глубине, координаты пространственных границ которого зафиксированы в табличной и графической форме на утвержденных в установленном порядке картах²⁰.

В российском законодательстве заложен принцип обособления земельного участка и находящегося под ним пространства, т. е. недра отделены от земли и в силу специального указания закона не могут быть присвоены частным лицом. В других государствах существует аналогичная или схожая модель, которая, по сути, отделяет правовое регулирование земли и недр. Хотя в юридико-техническом плане установление различного правового режима земли и недр создает определенные сложности, политически и экономически такое обособление оправданно. Предложенная модель позволяет сохранить недра как стратегический экономический ресурс в монопольной государственной собственности, одновременно допустив введение частной собственности на землю и как следствие – её активное участие в гражданском обороте. Кроме того, причиной обособления является то, что земля и недра служат различным хозяйственным целям²¹. Другой вопрос состоит в том, что именно в пределах верхней и нижней границы следует относить к недрам. Действующее законодательство относит к недрами не только подземное пространство и содержащиеся в нём полезные ископаемые, но и все прочие горные породы, которые к полезным ископаемым не относятся. По нашему мнению, такой подход является обоснованным, т.к. позволяет взглянуть на понятие "недра" более широко.

Право пользования природными ресурсами и их участками это основанная на законе возможность эксплуатации природных ресурсов, извлечения их полезных свойств пользователем. Пользователь получает от собственника (зачастую в лице собственника выступает государство) права пользования природными ресурсами на определенный срок и на условиях, установленных в лицензии или в договоре. Добытые природные ресурсы –

²⁰ Копылов М. Н. Введение в международное экологическое право: Учеб. пособие. М.: РУДН, 2007

²¹ Сыродоев Н. А. К вопросу о понятии недр и правовой классификации полезных ископаемых // Правоведение. 1966. N 2. С. 80.

природные ресурсы, отделенные от природной среды в результате деятельности человека. Так, Конституция Бразилии в статье 176 устанавливает, что "концессионеру гарантируется право собственности на продукт, полученный в результате его разработки"²². Отходы природопользования – продукты, образующиеся в процессе эксплуатации природных ресурсов, использование которых в настоящее время и на ближайшую перспективу является экономически нецелесообразным. Земельные участки как объект разработки природных ресурсов (кроме земельных ресурсов) – участки земли, которые предоставлены физическим и юридическим лицам для природопользования. Под информацией о природных ресурсах понимаются все сведения, первичная и иная информация, данные по ее интерпретации и производные данные, а также образцы природных ресурсов, полученные в результате выполнения работ по природопользованию и изучению свойств природных объектов.

Конституция ФРГ в ст. 20а устанавливает, что "реализуя в рамках конституционного строя законодательную власть и обеспечивая осуществление исполнительной и судебной власти в соответствии с законом и правом, государство, сознавая ответственность перед будущими поколениями, защищает естественные основы жизни"²³. Конституции федеральных земель в ФРГ также закрепили ряд экологических прав, среди которых – сохранение "естественных основ жизни" и право каждого на получение экологической информации²⁴. В Конституции Швейцарской Конфедерации устойчивое развитие провозглашается государственной целью. Центральной идеей концепции устойчивого развития является то, что окружающая среда не может неограниченно предоставлять ресурсы в распоряжение человечества и принимать возникающие потоки отходов и выбросов.

Первоначально необходимо рассмотреть вопрос об элементах и стадиях процесса природопользования и лишь потом будет возможность смоделировать понятие "природопользования", которое необходимо для определения природопользования как объекта административно-правового регулирования. Понятие природопользование можно сформулировать так: «Природопользование – это деятельность определенных субъектов по изучению, добыче природных ресурсов и освоению подземных пространств для

²² Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 348.

²³ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия: Учеб. пособие / Сост. сб., пер., авт. введ. и вступ. ст. В. В. Маклаков. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 160.

²⁴ См., напр.: ст. 141 Конституции Республики Бавария. Цит. по: Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В. Н. Дубровин. С. 188.

других целей»²⁵. Такое определение раскрывает термин только с технической стороны. Но перед тем как осуществить "техническое природопользование" и во время него необходимо провести определенную работу, которая состоит из ряда стадий. К ним относятся: формирование и опубликование перечней участков природных ресурсов, аукционы или конкурсы по которым планируется провести; установление перечней участков природных ресурсов, право пользования которыми может быть предоставлено, определение и разработка их условий, согласование и заключение таких договоров, концессий и соглашений; государственная экспертиза информации; принятие решения об условиях проведения аукционов (конкурсов); проведение аукционов (конкурсов); лицензирование (предоставление разрешений на разработку природных ресурсов); государственный учет (государственный баланс и кадастр); контроль и надзор за деятельностью природопользователей, подведение итогов деятельности.

Помимо перечисленного, есть еще и другие вопросы, которые также войдут в понятие "процесс природопользования", и без них никакое природопользование не состоится: организация органов исполнительной власти в области природопользования, определение и разграничение их полномочий и др. Все это также относится к административно-правовому регулированию природопользования.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что процесс природопользования как достаточно объемное понятие включает в себя не только процесс изучения и освоения природных ресурсов, но и управленческий процесс, предваряющий и сопутствующий так называемому техническому природопользованию.

Анализируя природопользование как объект административно-правового регулирования, можно прийти к выводу, что деятельность природопользователей формирует данный объект, т.к. данная деятельность направлена на рациональное освоение природных ресурсов Земли, их охрану и воспроизводство.

Во всех случаях допуск частных компаний к недрам оформляется выдаваемой государством лицензией или заключением договоров. Лицензия, будучи административным актом, оформляющим разрешение или допуск субъекта предпринимательской деятельности к природопользованию, задает характер взаимодействия государства и природопользователя. При модели

²⁵ Природопользование как объект административно-правового регулирования (Лютягина Е. А.) «Административное право и процесс», 2011, №2.

лицензирования государство стоит над природопользователем. При заключении договоров государство как собственник природных ресурсов заключает с последними природоресурсные публичные договоры. Сам термин "допуск" предполагает, что он носит односторонний характер: государство единолично решает, допускать или нет, а если допускать, то на каких условиях, кого-либо к разведке и/или разработке участков недр и освоению других природных ресурсов. В такой модели взаимоотношений государство всегда выступает в роли полноправного хозяина, а природопользователь – просящего, какими бы правилами о безотзывности лицензий при отсутствии нарушений со стороны природопользователя или невозможности одностороннего изменения условий лицензии закон ни обставлял отношения между лицензиатом и лицензиаром. Кроме того, при лицензионной системе экономическая ценность прав природопользования состоит лишь в тех правомочиях, которые предоставляются самому природопользователю в отношении участка недр. Следует отметить, что природопользование, безусловно, является объектом публично-правового регулирования. Соответственно допуск к природным ресурсам может опосредоваться только публично-правовыми отношениями, складывающимися между государством и частными лицами. Предоставляя разрешение (лицензию) природопользователю на проведение геологического изучения и освоения подземных пространств, да и заключая соглашение о разделе продукции или природоресурсный публичный договор, государство действует как суверен, носитель публичной власти, а не как собственник имущества. Разрешая такой доступ, государство распоряжается принадлежащим ему в силу закона правом на пользование природными ресурсами, проистекающим из его суверенных прав, и делегирует осуществление данных прав частному лицу (природопользователю).

Поскольку предметом отношений, возникающих в этом случае между государством и природопользователем, являются публичные права, то и указанные отношения в целом следует квалифицировать как публично-правовые, представляется возможным сформулировать определение природопользования и охраны окружающей среды как объектов административно-правового регулирования.

Итак, природопользование и охрана окружающей среды как объект административно-правового регулирования – это урегулированная нормами права деятельность индивидуальных и коллективных субъектов права (людей и организаций, как природопользователей, так и не являющихся ими), призванная обеспечить изучение, охрану и/или рациональное освоение природных ресурсов в различных целях для получения определенных благ (материальных, духовных).

Административно-правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды может быть определено как регламентированная нормами права деятельность наделенных властными публичными полномочиями субъектов по обеспечению рационального освоения и охраны природных ресурсов Земли, их воспроизводству, а также созданию и соблюдению благоприятных условий жизнедеятельности и экологической безопасности общества.

В настоящей работе мы в общих чертах обозначили существующие в сфере административно-правового регулирования основные понятия и проблемы. Полагаем, проведенный анализ может послужить основой для дальнейших исследований в рассматриваемой области, что, в свою очередь, внесёт вклад в деятельность по охране природной среды.

ТРЕТМАНОТ НА ИНТЕЛЕКТУАЛНАТА СОПСТВЕНОСТ ВО МЕЃУНАРОДНИТЕ И ЕВРОПСКИТЕ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

Јелена Ристик

Докторанд на правни науки, Универзитет “Св. Кирил и Методиј”, Школа за докторски студии, Правен факултет “Јустинијан Први” во Скопје, Македонија

e-mail: jristik@hotmail.com

Апстракт

Човековите права и правата на интелектуална сопственост претставуваат правни области, коишто еволуирале релативно изолирано едни од други. Сепак, може да бидат идентификувани повеќе разни типови на врски помеѓу правата на интелектуална сопственост и човековите права. Уште повеќе, врските помеѓу правата на интелектуална сопственост и човековите права се признати веќе повеќе декади, како што е прикажано и во одредбите на Универзалната декларација за човекови права, Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, Европската конвенција за човекови права и, во поново време, Повелбата за темелни права на Европската унија. Овој труд се фокусира на анализа на местото и третманот на интелектуалната сопственост во рамки на претходно споменатите инструменти за заштита на човековите права, како најважни меѓународни и европски инструменти за човекови права, коишто овозможуваат заштита на интелектуалната сопственост и човековите права, воопшто.

Клучни зборови: интелектуална сопственост, Универзална декларација за човекови права, Меѓународен пакт за економски, социјални и културни права, Европска конвенција за човекови права, Повелба за темелни права на Европската унија

Abstract

Human rights and intellectual property rights are fields of law that have evolved relatively isolated from each other. However, many different kinds of links can be identified between the intellectual property rights and human rights. Moreover, the links between intellectual property rights and human rights have been recognized for many decades, as it is exemplified in the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural

Rights, the European Convention on Human Rights and, more recently, the Charter of Fundamental rights of the European Union. This paper has placed its focus on analysis of the place and treatment of intellectual property within the previously mentioned human rights instruments, as the most important international and European human rights instruments, which provide for protection of intellectual property and human rights, in general.

Keywords: *intellectual property, Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental rights of the European Union.*

ВОВЕД

Човековите права и правата на интелектуална сопственост претставуваат правни области, коишто еволуирале прилично изолирано едни од други. Од една страна, правото на интелектуална сопственост се состои од законски признаени права, коишто обезбедуваат поттик за учество на приватниот сектор во одредени области и настојуваат да придонесат за научен и технолошки развој. Правата на интелектуална сопственост, како на пример, патентите, се многу слични на монополските права. Ваквиот монопол е понуден од страна на општеството во замена за одредени концесии и ограничено траење на загарантираните права. Од друга страна пак, човековите права се основни права, коишто се признаени од страна на државата, при што се работи за инхерентни права поврзани со човековото достоинство (Cullet, 2007: 404).

Сепак, може да бидат идентификувани повеќе разни типови на врски помеѓу правата на интелектуална сопственост и човековите права. Така, законите за патенти потврдуваат дека постои социо-економска димензија на правата кои се гарантираат, како и дека мора да постои баланс меѓу интересите на носителот на патент и пошироките интереси на општеството. Уште повеќе, правата на интелектуална сопственост имаат директно и индиректно влијание на реализацијата на човековите права. Имено, правата на интелектуална сопственост вклучуваат економски и морални елементи. Претходното тврдење може да биде поврзано со одредени аспекти на правото на здравје. Конечно, разни договори за човекови права признаваат одредени права, коишто се однесуваат на науката и технологијата (Cullet, 2007: 404).

Врските помеѓу правата на интелектуална сопственост и човековите права се признати веќе повеќе декади, како што е прикажано и во одредбите поврзани со науката и технологијата, во рамки на член 27 од Универзалната декларација за човекови права (“Универзална декларација” или “Декларација”), како и во рамки на член 15 од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (“Меѓународен пакт” или “Пакт”). Сепак, главните дебати во однос на врските меѓу човековите права и правата на интелектуална сопственост, долго време биле повеќе фокусирани на реалните права на сопственост, отколку на правата на интелектуална сопственост (Drahos, 1999: 6).

Имено, определувањето на местото на правата на приватна сопственост во рамки на договорите за човекови права претставувало контроверзно прашање со декади. Од една страна, за сопственоста за тврдело дека претставува основно право. Од друга страна пак, не било возможно да се обезбеди консензус во однос на содржината на поимот на основното право на сопственост. Сето ова се должело на два фактора. Прво, во ситуација каде што на човековите права се гледа како на права коишто се својствени за луѓето врз основа на нивната човечност, како заедничка карактеристика, не е возможно да се вклучи правото на сопственост како човеково право. Второ, постоеле и сè уште постојат дебати во однос на местото на правата на сопственост во општеството. Долго време овие дебати се воделе во контекст на еден поширок идеолошки дискурс, којшто се одвивал за време на Студената војна. Иако повеќето комунистички режими повеќе не постојат, сепак остануваат значително различните перспективи во светот, во врска со местото на правата на сопственост во правниот систем (Cullet, 2007: 405).

Постојат разни аргументи коишто се против и аргументи коишто се во корист на заштитата на сопственоста како човеково право. Така, како позитивен аргумент се наведува тоа што за правата на сопственост се смета дека поттикнуваат безбедност, овозможуваат заштита на индивидуалната автономија, обезбедуваат основа за учество во едно демократско општество и дека се погодни за заштита на други човекови права, како што е правото на приватност. Како негативен аргумент се наведува тоа што приватните сопственички права може да претставуваат извор на нееднаквост и да одобрат постоечки шеми на сопственост, без да се земе во предвид нивната легитимност. Затоа, правата на сопственост имаат тенденција да придонесуваат кон одржување на status quo на една прилично нееднаква дистрибуција на богатството. Од друга перспектива пак, може да се постави прашање дали сите типови на сопственост може или треба да бидат опфатени во опсегот на заштитата на човековите права. Така, често се потврдува дека можеби е неопходно различни типови на сопственост различно да се заштитуваат.

Личните предмети и нечие живеалиште, на пример, би имале предност во однос на индустриската сопственост, додека земјиштето кое некому служи за сопствено издржување ќе има повисок степен на заштита од земјиштето чијшто сопственик е отсутен (Cullet, 2007: 406).

Оваа генерална дискусија за правото на сопственост претставува неопходен вовед во анализата за местото и третманот на правото на интелектуална сопственост во инструментите за човекови права, поради тоа што врските помеѓу овие две права се често пати потенцирани. Имено, токму преку донесување на пресуди во кои се толкува правото на сопственост, предвидено во член 1 на Протокол 1 кон Европската конвенција за човекови права (“ЕКЧП” или “Конвенција”), Европскиот суд за човекови права (“ЕСЧП”) овозможил заштита на правото на интелектуална сопственост, иако заштитата на ова право не е експлицитно предвидена со одредбите на Конвенцијата (Mully, 2005: 201).

Европската унија (“ЕУ”), во оваа смисла, отишла уште подалеку од ЕКЧП со донесување на Повелбата за темелни права на ЕУ (“Повелба на ЕУ”). Така, оваа Повелба на ЕУ, во рамки на членот 17, вклучува не само заштита на право на сопственост, туку, исто така, таа посебно предвидува дека и “интелектуалната сопственост ќе биде заштитена”. Сето ова упатува на фактот дека најверојатно постои сè поширок консензус во Европскиот регион во корист на поставување на експлицитна поврзаност меѓу правата на интелектуална сопственост и човековите права. Меѓутоа, Повелбата не е целосно успешна во воведувањето на интелектуалната сопственост како човеково право, од причина што истата повеќе се однесува на институциите на ЕУ, отколку на носители на права (Mully, 2005: 206).

Сепак, останатите инструменти за човекови права, како што е Универзалната декларација, посебно ги третираат правото на сопственост и интелектуалната сопственост. Така, додека правата на сопственост се заштитени со член 17, културата и науката се предвидени во рамките на член 27, во контекст на социоекономски права предвидени во Универзалната декларација. Понатаму, правото на сопственост воопшто не било ниту вклучено во Меѓународниот пакт, додека правата коишто се предвидени со член 27 од Универзалната конвенција се значително вклучени во член 15(1) од Пактот (Drahos, 1999: 6).

Овој труд ќе се фокусира на анализа на местото и третманот на интелектуалната сопственост во рамки на меѓународните и европските инструменти за заштита на човековите права, при што ќе бидат дадени и препораки во смисла каква треба да биде поставеноста и третманот на интелектуалната сопственост. При анализата ќе бидат земени во предвид

Универзалната декларација за човекови права, Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, Европската конвенција за човекови права и Повелбата за темелни права на Европската унија, како најважни меѓународни и европски инструменти за човекови права, коишто овозможуваат заштита на интелектуалната сопственост и човековите права, воопшто.

ИНТЕЛЕКТУАЛНАТА СОПСТВЕНОСТ ВО МЕЃУНАРОДНИТЕ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

Режимите на интелектуална сопственост бараат да се воспостави баланс помеѓу моралните и економски права на творците и пронаоѓачите и пошироките интереси и потреби на општеството. Така, главно образложение за заштитата на патентите и авторските права е дека поттикот и наградувањето на пронаоѓачите ќе резултира во придобивки за општеството (Chapman, 1999: 127).

Пристапот кон интелектуалната сопственост од аспект на човековите права го зема во предвид балансот, кој е често пати имплициран, помеѓу правата на пронаоѓачите и творците и интересите на поширокото општество во рамки на парадигмите за интелектуална сопственост, при што пристапот од аспект на човековите права го прави ваквиот баланс далеку повеќе експлицитен и строг. Универзалната декларација за човекови права (1948) и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права (1966), донесени од страна на Обединетите нации (“ОН”), се главните меѓународни инструменти за човекови права коишто ги решаваат ваквите прашања (Chapman, 1999: 127).

Првиот став на член 27 од Универзалната декларација го предвидува следното: “Секој има право слободно да учествува во културниот живот на заедницата, да ужива во уметноста и да го споделува научниот напредок и неговите благодети.” Вториот став на член 27 предвидува и втора одредба: “Секој има право на заштита на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од било кое научно, книжевно или уметничко дело, чиј автор е тој.” (Drahos, 1999: 6).

Како што е случајот и со други одредби на Декларацијата, така и контекстот на изработката на член 27 е всушност широко распространетата реакција на нацистичкиот геноцид и бруталноста на Втората светска војна. Науката и технологијата играле важна улога во војната и служеле како инструмент на Холокаустот. Од таа причина, не е изненадувачки тоа што некои еминентни членови на научната заедница имале активна улога во јавната дебата после војната, во врска со развој на кодекс на универзални норми за човекови права. Уште повеќе, за време на дискусијата во рамки на Комисијата за човекови права на ОН, додека траел процесот на изработка на Универзалната

декларација, била потенцирана злоупотребата на науката и технологијата од страна на режимот на Хитлер и потребата за заштитни мерки коишто ќе ја заштити науката, со цел истата да не се применува за штетни цели (Yu, 2007: 1050-1058).

Сепак, конципирањето на науката во рамки на човековите права барало многу повеќе отколку само изолирање на науката и технологијата од потенцијална злоупотреба или заштита на јавноста од изложување на штетните ефекти на науката. Слично на јазикот употребен во други одредби на Универзалната декларација, член 27 признава серија на права или побарувања. Сите овие права, вклучувајќи ги и оние поврзани со науката и културата, се сметаат за универзални и истите се доделени на сите лица врз основа на нивната човечност, како заедничка карактеристика. За човековите права, коишто се артикулирани во Универзалната декларација, се смета дека постојат независно од признавањето или имплементацијата во обичаите или правните системи на определени земји. За човековите права се смета дека сочинуваат важни норми кои создаваат *prima facie* обврски, особено во однос на владите, за преземање на позитивни мерки, со цел да се заштитат и почитуваат овие права (Chapman, 1999: 132).

Самиот текст на член 27 е значајно да се спомене од повеќе причини. Имено, текстот којшто е употребен го надминува признавањето само на право на користење на примените на науката, со тоа што конкретно артикулира дека секој има право “да го споделува научникот напредок и неговите благодети.” Ваквиот јазик произлегол од загриженоста изразена од страна на неколку членови на Комитетот за изготвување на Универзалната декларација, којашто работела под покровителство на Комисијата за човекови права на ОН, дека научните активности, како и книжевната дејност, биле елитистички по природа. Став 2, којшто предвидува “заштита на моралните и материјалните интереси”, рефлектира различни интереси. Еден од нив е желбата на некои од членовите на Комитетот за изготвување на Декларацијата да ја хармонизираат Универзалната декларација со одредбата за интелектуална сопственост во рамки на Американската декларација за правата и должностите на човекот од 1948 година. Други членови на Комитетот изразиле желба да го искористат моралниот авторитет на ОН за да се заштитат сите форми на работа, како интелектуални, така и мануелни. Некои членови на Комитетот упатиле и критики кон оваа одредба, од причина што сметале дека не е потребна посебна заштита на интелектуалната сопственост надвор од онаа која е генерално овозможена преку заштита на правото на сопственост во рамки на член 17 од Универзалната декларација, како и тврдења дека посебната заштита на интелектуалната сопственост подразбира елитистичка перспектива (Yu, 2007: 1050-1058).

Универзалната декларација била едногласно усвоена од страна на Генералното собрание на ОН на 10 декември 1948 година. Имајќи во предвид дека се работи за дејство на Генералното собрание, природата на Декларацијата е аспиративна или советодавна. Истата не ги обврзува правно земјите членки на ОН на нејзина имплементација. Но, со тек на времето, Универзалната декларација постепено се здобила со статус на обичајно меѓународно право. Таа се смета за еден од најавторитетните извори на норми за човекови права. Сепак, некои одредби, особено оние коишто ги регулираат основните граѓански и политички права, се здобиле со поголемо признание во споредба со економските, социјалните и културните права. И покрај реторичката посветеност на неделивост и меѓузависност на човековите права, меѓународната заедница постојано ги третира граѓанските и политичките права како позначајни од економските, социјалните и културните права (Charman, 1999: 133).

Оригиналниот план во рамки на ОН бил усвојувањето на Универзалната декларација да биде проследено со серија на договори, коишто ќе придонесат нејзините одредби да бидат поконкретни и обврзувачки за оние земји кои ќе станат држави членки на договорите, по пат на ратификација или пристап кон ваквите инструменти. Но, процедурата била одложена поради непријателствата кои се појавиле за време на Студената војна, како и намалената поддршка од страна на САД за донесување на договори кои ќе ги регулираат човековите права. Нацртите на два меѓународни пакта, еден за граѓански и политички права и друг за економски, социјални и културни права, првично поднесени до Генералното собрание во 1953 година, не биле одобрени сè до 1966 година. И двата пакта стапиле во сила во 1976 година, кога триесет и петтата држава ги потпишала овие инструменти. (Charman, 1999: 133). Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, заедно со Универзалната декларација за човекови права, конституираат една универзална повелба за човекови права. Имено, заедно тие поставуваат минимални стандарди за пристојна општествена и владина пракса (Drahos, 1999: 6).

Јазикот употребен во член 15 од Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права се базира на Универзалната декларација, поточно на нејзиниот член 27, но исто така и се разликува од него на повеќе начини. Имено, слично на Универзалната декларација, првиот став на член 15 признава три права, односно дека секој има право: да учествува во културниот живот; да ги ужива придобивките од научниот прогрес и неговите примени и да има корист од заштитата на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од било кое научно, книжевно или уметничко дело, чиј автор е тој. (Cullet, 2007: 407).

Значајно и релевантно е да се спомене дека одредбата за интелектуална сопственост, предвидена во рамки на Универзалната декларација, била пренесена во Меѓународниот пакт и покрај фактот што истовремено не била пренесена и одредбата којашто предвидувала заштита на правото на сопственост. Така, Пактот не содржи еквивалент на член 17(1) од Универзалната декларација, согласно кој “секој има право да поседува сопственост самостојно, како и во заедница со други”, ниту пак ја презема обврската определена со член 17(2) од Декларацијата дека “никој нема арбитрарно да биде лишен од неговиот имот.” (Chapman, 1999: 133-134).

Исто така, значајно е да се истакне дека, со оглед на фактот што Меѓународниот пакт има статус на договор и како таков е правно обврзувачки за земјите коишто станале држави членки на истиот, текстот на член 15 од Пактот артикулира серија на одговорности за државите членки, коишто отсутнуваат во Универзалната декларација, при што се користи форматот “чекори кои треба да се преземат.” Така, Меѓународниот пакт го претвора аспиративниот јазик на Декларацијата во конкретни правни обврски. Ваквите обврски се предвидени во ставовите 2 до 4 од член 15 на Меѓународниот пакт. Став 2 ја предвидува следната обврска: “Чекорите коишто треба бидат преземени од страна на државите членки на овој Пакт, со цел да се постигне целосна реализација на ова право, ќе ги вклучуваат оние коишто се неопходни за зачувување, развој и дифузија на науката и културата.” Понатаму, ставот 3 предвидува уште една обврска: “Државите членки на овој Пакт се обврзуваат да ја почитуваат слободата неопходна за научно истражување и творечка дејност.” Конечно, обврската којашто е предвидена во став 4, гласи: “Државите членки на овој Пакт ги признаваат придобивките коишто треба да произлезат од поттикнувањето и развојот на меѓународни контакти и соработка во областа на науката и културата.” (Chapman, 1999: 134).

На 21 ноември 2005 година, Комитетот за економски, социјални и културни права на ОН го усвоил Генералниот коментар 17, во рамките на кој извршил елаборирање и толкување на нормативната содржина на член 15(1) од Меѓународниот пакт, поточно на правото на секој да има корист од заштитата на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од било кое научно, книжевно или уметничко дело, чиј автор е тој. Така, во Генералниот коментар 17 се истакнува дека правото на секој да има корист од заштитата на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од било кое научно, книжевно или уметничко дело, чиј автор е тој претставува човеково право, коешто произлегува од вроденото достоинство и вредноста на сите лица. Исто така, се истакнува дека овој факт го разликува ова право и другите човекови права од повеќето законски права препознатливи во системите на интелектуална сопственост. Се наведува дека човековите права се основни, неотуѓиви и

универзални права коишто им припаѓаат на индивидуите и, во определени околности, на групи на индивидуи и заедници. Понатаму, се наведува дека човековите права се основни поради тоа што се својствени на човековата личност, како таква, додека правата на интелектуална сопственост се, пред сè, средства со кои државите настојуваат да обезбедат поттик за инвентивност и креативност, да го поттикнат ширењето на креативни и инвентивни дела, како и развојот на културни идентитети, и да го зачуваат интегритетот на научните, книжевните и уметничките дела за доброто на општеството како целина. (Matthews, 2009: 5-6)

Во продолжение на Генералниот коментар 17 се наведува дека, за разлика од човековите права, правата на интелектуална сопственост се генерално од привремена природа и може да бидат отповикани, да бидат предмет на лиценцирање или доделени на некој друг. Додека во рамки на повеќето системи на интелектуална сопственост, правата на интелектуална сопственост, со исклучок на моралните права, може да бидат алоцирани, ограничени во време и обем, да бидат предмет на трговија, да бидат изменети, па дури и одземени, човековите права се безвременски израз на основните права на човекот. Додека човековото право да се има корист од заштитата на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од нечие научно, книжевно или уметничко дело ја заштитува личната врска меѓу авторите и нивните дела, и меѓу народите, заедниците или други групи и нивното колективно културно наследство, како и нивните основни материјални интереси, коишто се неопходни за да му овозможат на авторот да ужива соодветен стандард на живеење, дотогаш режимите на интелектуална сопственост првенствено ги штитат бизнис интересите и корпоративните интереси и инвестиции. Уште повеќе, во Генералниот коментар 17 се наведува дека обемот на заштита на моралните и материјалните интереси на авторот, предвиден во рамки на член 15(1), не мора да се совпаѓа со она што е наведено како права на интелектуална сопственост во националното законодавство или меѓународните договори. (Matthews, 2009: 6).

ИНТЕЛЕКТУАЛНАТА СОПСТВЕНОСТ ВО ЕВРОПСКИТЕ ИНСТРУМЕНТИ ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

Системот на заштита на интелектуалната сопственост во Европа доживеа значаен развој во последните неколку декади, при што правото за човекови права сè поинтензивно влијае на правецот на таквиот развој и обликувањето на овој регионален режим на интелектуална сопственост. (Helfer, 2008: 1)

Денес, силата на заштитата на човековите права во Европа, во најголема мера произлегува од Европската конвенција за човекови права (1950) и

Повелбата за темелни права на ЕУ (2000). Имено, во Европа постојат два система на заштита на човековите права, при што еден е воспоставен во рамки на Советот на Европа и се спроведува од страна на Европскиот суд за човекови права, а другиот е во рамки на ЕУ и се спроведува од страна на Европскиот суд на правдата (“ЕСП”). Овие два транснационални суда имаат јурисдикција врз два различни инструменти за заштита на човекови права, но нивната територијална јурисдикција се преклопува. (Groussot and Pech, 2010: 10)

ЕКЧП не содржи одредби со кои експлицитно се предвидува заштита на правото на интелектуална сопственост. Сепак, ЕСЧП овозможи заштита на правото на интелектуална сопственост преку донесување на пресуди во кои се толкува правото на сопственост, предвидено во рамките на член 1 од Протокол 1 кон ЕКЧП, а во врска со барања за заштита на интелектуалната сопственост. (Cullet, 2007: 406)

Правото на сопственост е прифатено како човеково право во Европа токму со усвојувањето на Протокол 1 кон Конвенцијата во 1952 година. Член 1 на Протокол 1 кон ЕКЧП предвидува дека “секое физичко или правно лице има право на мирно уживање на неговиот имот.” Во однос на условите за лишувањето од имот, член 1 од Протоколот 1 предвидува три услови: согласност со условите предвидени во домашното право, почитување на генералните принципи на меѓународното право и постоењето на јавен интерес. Членот 1 на Протокол 1 е многу пати анализиран од страна на ЕСЧП, при што Судот утврдил дека треба да постои разумна врска на пропорционалност меѓу употребените средства и целта кон којашто се тежи (Motaïs de Narbonne v. France).

Сепак, заштитата на “непречено уживање на ... имотот”, загарантирана со член 1 на Протокол 1, долго била сметана за едно од најслабите права во системот на Конвенцијата, дозволувајќи им на владите на земјите – членки широка дискреција во однос на регулирањето на приватната сопственост во јавен интерес. Делумно токму од оваа причина, прашањата поврзани со заштитата на интелектуалната сопственост долго време не добивале речиси никаков третман од страна на ЕСЧП и Европската комисија за човекови права (“Европска комисија” или “Комисија”). Имено, сè до раните 1990-ти не биле поднесувани никакви тужби со барање за заштита на правото на интелектуална сопственост, поради наводна повреда на таквото право. А кога конечно се започнало со поднесување на тужби од ваков тип од страна на тужители кои барале да се констатира повреда на правото на интелектуална сопственост, ЕСЧП и Комисијата применувале тесно толкување на член 1 на Протокол 1 и по кратка постапка ги отфрлале ваквите тужби. На тој начин се избегнало испитувањето на одговорност на националните судови и административните

агенции и евентуално констатирање на повреда на правото на интелектуална сопственост, што довело и до тоа системот на интелектуална сопственост во Европа да се развие и еволуира без некое значајно влијание од перспектива на заштита на човековите права. (Coban, 2004: 124-125).

Ваквата воздржаност на Судот во однос на разгледување на евентуални повреди на правото на интелектуална сопственост сега повеќе не е случај. Имено, ЕСЧП веќе има донесено неколку значајни одлуки во насока на заштита на правото на интелектуална сопственост пред ЕСЧП, при што генералните принципи воспоставени од страна на Судот при разгледувањето на наводни повреди на член 1 од Протокол 1 се применуваат и во случај на разгледување на евентуална повреда на правото на интелектуална сопственост. Во рамките на овие одлуки Судот одлучно констатира дека патентите, трговските марки, авторските права и други економски интереси за доброта во однос на нематеријалното знаење се заштитени со правото на сопственост, загарантирано од страна на ЕКЧП. (Santos 2013: 11).

Имено, во 1990-те години Европската комисија утврдила дека патентите и авторските права спаѓаат во рамки на предметот опфатен со член 1 на Протокол 1 (*Lenzing AG v. United Kingdom*, *Aral v. Turkey* и *Smith Kline & French Lab. Ltd. v. Netherlands*). Меѓутоа, Судот сепак не го решил директно прашањето сè до 2005 година, кога донел три значајни пресуди поврзани со заштитата на интелектуалната сопственост пред ЕСЧП, при што го применил член 1 на Протокол 1 кон Конвенцијата на споровите поврзани со интелектуалната сопственост: *Dima v. Romania*, *Melnichuk v. Ukraine* и *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*. Случајот *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* е најпознат од овие три случаи. Во таа пресуда, Судски совет од седум судии заклучил дека “интелектуалната сопственост како таква неспорно ја ужива заштитата на член 1 од Протокол 1.” Случајот бил повторно расправан пред Големиот судски совет на ЕСЧП во 2006 година. Овој панел составен од седумнаесет судии, во својата пресуда донесена во 2007 година, едногласно се согласил со заклучокот на Судскиот совет, наоѓајќи дека член 1 “е применлив на интелектуалната сопственост како таква”, односно дека правото на сопственост ги штити финансиските интереси на сопствениците на интелектуална сопственост во однос на нивните пронајдоци, креации и знаци (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*).

Пресудата од 2007 година на Големиот судски совет на ЕСЧП во случајот *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* е особено впечатлива и од причина што Судот во рамки на оваа пресуда утврдил дека како регистрираните трговски марки, така и апликациите потребни да се регистрираат трговските марки, спаѓаат во опсегот на одредбата за заштита на правото на сопственост на ЕКЧП. Анализата

на овој случај сугерира дека ЕСЧП всушност признава пошироки импликации од аспект на заштитата на човековите права врз регионалните политики на иновација и креативност, како и дека неговите идни одлуки може да имаат значајно влијание на стандардите за заштита на интелектуалната сопственост во Европа (Santos 2013: 11).

Единственото оправдување на ЕСЧП за донесување на заклучок дека интелектуалната сопственост ја ужива заштитата на член 1 од Протокол 1 е најден во краток цитат од првата одлука за интелектуална сопственост на Европската комисија, каде што е наведено дека "...согласно холандскиот закон, носителот на патент е наведен како сопственик на патентот и патентите се сметаат, во согласност со одредбите на Законот за патент, за личен имот којшто е пренослив и доделив на друг. Комисијата констатира дека, согласно на тоа, патентот спаѓа во обемот на терминот 'сопственост' на член 1 од Протокол 1." (Smith Kline & French Lab. Ltd. v. Netherlands).

Расудувањето на Комисијата сугерира дека се става значајна тежина на ексклузивитетот на правата за експлоатација и пренос што националните права ги доделуваат на сопствениците на интелектуална сопственост. Со оглед дека овие ексклузивни права се стандардни карактеристики на националните и меѓународните системи на интелектуална сопственост, може да се предвиди дека ЕСЧП ќе ги третира и другите форми на индустриска и уметничка сопственост – како нови сорти на растенија, права на изведувачи, трговски тајни и слично – како "сопственост" заштитена со член 1 на Протокол 1. Уште повеќе, бидејќи член 1 се применува и на фиксни побарувања во однос на идни приходи и компензации, веројатно е дека Судот ќе ја прошири примената на член 1 на права на интелектуална сопственост кои се предмет на законски или задолжителни лиценци. Сето ова сугерира дека не постојат очигледни правосудни граници во однос на моќта на ЕСЧП да разгледува широка низа на спорови од областа на интелектуалната сопственост, во контекст на правото на сопственост (Helfer, 2008: 13).

ЕСЧП повеќе пати ја истакнал и потребата од воспоставување на баланс помеѓу интелектуалната сопственост и други основни права. Така, во случаите *Ashby Donald and Others v. France* и *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden*, ЕСЧП донел пресуди во кои извршил балансирање на две конфликтни права, и тоа авторско право и слобода на изразување.

Во случајот *Ashby Donald and Others v. France*, Судот, за прв пат во една своја пресуда, разјаснил дека осудителна пресуда заснована на Закон за авторско право, во однос на незаконско производство или јавно комуницирање на материјал заштитен со авторско право, може да биде сметана за мешање во правото на слобода на изразување и информација, во согласност со член 10 од

Конвенцијата. Такво мешање мора да биде во согласност со трите услови предвидени во вториот став на член 10. Ова значи дека осудителна пресуда или било каква друга судска одлука заснована на закон за авторско право, којашто ја ограничува слободата на изразување на индивидуа или организација, мора да истакне и причини за таква неопходност во едно демократско општество, покрај тоа што истото ќе биде предвидено со закон и заради исполнување на легитимна цел. Оваа значајна пресуда на ЕСЧП недвосмислено утврдува дека член 10 од Конвенцијата е применлив во случаите каде што се одлучува за заштита на авторско право кое наводно е во спротивност со правото на слобода на изразување и информирање на други, при што се додава надворешна перспектива од аспект на човековите права кон оправданоста на заштитата на авторските права.

ЕСЧП донел слична одлука и во случајот *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden*, во врска со жалбата поднесена од страна на двајцата коосновачи на компанијата “The Pirate Bay”, каде било наведено дека осудителната пресуда за нивно соучесништво при извршување на кривично дело, согласно Законот за авторско право, е повреда на нивната слобода на изразување и информација. Имено, ЕСЧП констатирал дека споделувањето, или дозволување на други да споделуваат на интернет документи заштитени со авторски права, навистина е опфатено со правото да се “примаат и пренесуваат информации”, во согласност со член 10 од ЕКЧП, и покрај тоа што истите биле заштитени со авторски права, како и споделувани со цел да се оствари профит. Сепак, Судот сметал дека домашните судови извршиле правилен баланс меѓу спротивните интереси во прашање, односно правото на апликантите да примаат и пренесуваат информации и неопходноста за заштита на авторското право, при што ги осудиле апликантите, по што ЕКЧП одлучил да ја отфрли нивната жалба како очигледно неоснована.

За разлика од ЕКЧП, во рамки на Повелбата на ЕУ, поточно во нејзиниот член 17, предвидена е не само заштита на правото на сопственост, туку и посебна заштита на интелектуалната сопственост. Во таа смисла, првиот став на член 17 овозможува заштита на правото на сопственост: “Секој има право да го поседува, користи, да располага со или остави неговиот или нејзиниот законски стекнат имот. Никој не смее да биде лишен од неговиот или нејзиниот имот, освен во јавен интерес и во случаи во согласност со условите предвидени со закон, при што навремено ќе биде платен паричен надомест за неговата загуба. Користењето на имотот може да биде регулирано со закон во мера во која е тоа неопходно за генералниот интерес.” Вториот став на член 17 содржи заштита на правото на интелектуална сопственост и истиот гласи: “Интелектуалната сопственост ќе биде заштитена.” (Halmäi, 2006: 163)

Согласно подготвителните материјали на Комисијата за изготвување на Повелбата на ЕУ, интелектуалната сопственост е спомената експлицитно во член 17(2) генерално поради зголемената важност за нејзина заштита, посебно во рамки на секундарното законодавство на Европската заедница. Истовремено, се наведува дека интелектуалната сопственост ги опфаќа како книжевната и уметничката сопственост, така и правата на патент и трговска марка и други сродни права од индустриска сопственост. Понатаму, се истакнува дека гаранциите предвидени во првиот став на член 17 ќе бидат применети соодветно и на интелектуалната сопственост. Во оваа смисла, се поставува прашањето што би претставувало соодветна примена на сопственичките права во контекст на правата на интелектуална сопственост. Одговорот на ова прашање е од круцијално значење за одредување на соодветниот баланс помеѓу јавните и приватните интереси. (Mully, 2005: 207; Matthews, 2009: 5)

ЕСП многу пати анализираше повеќе аспекти на правото на интелектуална сопственост. Така, во рамки на случајот *Martin Luksan v. Petrus van der Let*, ЕСП врши толкување на членот 17, при што се имплицира дека одредбата од австрискиот Закон за авторски права, кој ги доделува економските права во врска со кинематографските дела директно на филмските продуценти, на штета на филмските режисери, не е во согласност со правото на ЕУ. (Goldstein and Hugenholtz, 2012: 24) ЕСП појаснил дека правата во врска со експлоатација на кинематографските дела, како и правото на правичен надомест, оригинално и директно припаѓаат на филмскиот режисер. Ваквата одлука всушност укажува на неопходноста од достигнување на правичен баланс меѓу потребите на комерцијалните продукции и заштитата на интелектуалните творци. (Barazza, 2012).

Патот на толкување следен од страна на ЕСП е во согласност со целите определени во рамки на соодветните европски директиви, коишто се насочени кон обезбедување на одржување и развој на креативноста во интерес на авторите (рецитал 9 во Преамбулата на Директива 2001/29), при што интелектуалната сопственост се признава како интегрален дел на сопственоста, промовирајќи ја при тоа европската културна креативност и заштитата на независноста и достоинството на уметничките творци и изведувачи (рецитал 11). Соодветно на тоа, сопственоста на авторското право и други сродни права им припаѓа на самите автори, при што правата во врска со експлоатацијата претставуваат само еден аспект на правото на сопственост заштитено со член 17 од Повелбата на ЕУ. Имено, правата на експлоатација му припаѓаат на авторот и претставуваат предмет на заштитата загарантирана во однос на правата на сопственост од страна на Повелбата на ЕУ, па согласно на тоа, било каква рестрикција во таа насока мора да биде во согласност со условите

предвидени во член 17, како и член 52 од Повелбата на ЕУ, којшто го воспоставува принципот на пропорционалност. (Barazza, 2012).

Понатаму, ЕСП, во случајот *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, при анализирање на аспектите на интелектуална сопственост, оди дотаму што утврдува дека дури и одредени делови од реченици може да се сметаат за заштитени дела.

Потребата од воспоставување на баланс помеѓу интелектуалната сопственост и други основни права е повеќе пати потенцирана од страна на ЕСП. Така, во пресудата донесена во случајот *Promusicae v. Telefonica de Espana SAU*, ЕСП јасно истакнал дека заштитата на основното право на сопственост, вклучувајќи ја и интелектуалната сопственост мора да биде балансирано во однос на заштитата на други основни права. ЕСП слично постапил и во случајот *Scarlet Extended SA v. SABAM*, каде што предмет на разгледување биле обврските кои може да се наметнат на провајдерите на интернет услуги заради заштита на правата на интелектуална сопственост. Имено, Судот извршил балансирање на правото на интелектуална сопственост (член 17(2) од Повелбата), слободата на водење на бизнис (член 16 од Повелбата), правото на лични податоци (член 8 од Повелбата) и слободата на информирање (член 11 од Повелбата), по што дошол до заклучок дека наметнувањето на обврска на провајдерот на интернет услуги да инсталира систем за филтрирање, којшто ќе вклучува мониторирање на сите електронски комуникации што поминуваат низ неговите услуги и собирање и идентификација на ИП адресите на корисниците, за неограничен временски период, е забрането со правото на ЕУ. (Pompeu Fabra and Torres Perez, 2012: 7, 24).

ЗАКЛУЧОК

Анализата на местото и третманот на интелектуалната сопственост, во рамки на најважните меѓународни и европски инструменти за човекови права, доведува до заклучок дека постојат два главни пристапи во насока на нејзина заштита во рамки на овие инструменти. Имено, некои инструменти за човекови права овозможуваат заштита на интелектуалната сопственост во контекст на социоекономските права, при што ја третираат посебно од правото на сопственост, додека други овозможуваат заштита на интелектуалната сопственост токму во контекст на правото на сопственост, односно ја третираат како дел од предметот опфатен со правото на сопственост. Во првата група инструменти за човекови права спаѓаат Универзалната декларација за човекови права и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, а во втората група спаѓаат Европската конвенција за човекови права и Повелбата за темелни права на ЕУ.

Понатаму, може да се заклучи дека Универзалната декларација и Меѓународниот пакт нудат модерна, конкретна и балансирана одредба за заштита на интелектуалната сопственост. Имено, тие експлицитно го штитат правото на авторот на неговите морални и материјални интереси кои произлегуваат од неговото дело, при што истовремено го штитат и правото на секој на слободно учество во културниот живот, уживање во уметноста и споделување на научниот напредок. Со ваквата одредба воедно се предвидува и потребата од постоење на баланс меѓу заштитата на индивидуалните права и генералниот интерес.

За разлика од нив, ЕКЧП не предвидува посебна одредба за заштита на интелектуалната сопственост, туку нејзината заштита е загарантирана преку правото на сопственост предвидено во членот 1 на Протокол 1 кон Конвенцијата. Така, ЕСЧП постепено придодавал разни права на интелектуална сопственост кон член 1 на Протокол 1.

Во рамки на Повелбата на ЕУ постои посебна одредба за заштита на интелектуалната сопственост, но истата е ригидна, непрецизна и нејасна. Имено, не е прецизирано кој е заштитен, не постои никаква референца кон јавниот или општиот интерес, ниту било каква друга цел на правото.

Практичните последици на ваквата непрецизност, недореченост и двосмисленост се прилично апсолутно разбирање на интелектуалната сопственост во одредени ситуации. Имено, ЕСЧП ја проширил заштитата на човековите права дури до заштита на апликација за регистрација на трговска марка (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*), додека ЕСП констатирал дека дури и одредени делови од реченици може да се сметаат за заштитени дела (*Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*).

Во време кога интелектуалната сопственост се соочува со криза во однос на легитимитетот во рамки на јавното мислење, како резултат на мултипликацијата на правата на интелектуална сопственост и недостаток на транспарентност во однос на нејзините функции, како и во однос на вистинските корисници на заштитата на интелектуалната сопственост, особено е важно да се потенцира и да се инсистира на социјалната функција на овие права. Имено, тоа значи дека правата на интелектуална сопственост треба да се соочуваат, односно балансираат со други права од иста вредност и со интересите на заедницата, при што треба да се има во предвид дека овие права се дел од еден поширок правен систем. Во таа смисла, потенцирањето на социјалната функција на правата на интелектуална сопственост значи да се идентификува потребата од умереност и балансираност при нивното конципирање и имплементирање (Geiger, 2013: 1-4).

Решението за претходно наведените забелешки во однос на поставеноста и третманот на интелектуалната сопственост би можело да се бара во специфична и балансирана одредба, каква што е одредбата за заштита на интелектуалната сопственост во рамки на Универзалната декларација за човекови права и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, којашто се карактеризира со конкретност и балансираност. Исто така, поддршка за балансирана одредба за заштита на интелектуалната сопственост може да се најде и во подготвителните документи на Повелбата за темелни права на ЕУ, како и нејзините членови 52 (принцип на пропорционалност) и 54 (забрана за злоупотреба на права).

Понатаму, поддршка за балансирана одредба за заштита на интелектуална сопственост може да се најде и во член 17(1) од Повелбата на ЕУ, како и во член 1 на Протокол 1 кон ЕКЧП. Имено, значајно е да е потенцира дека и член 1 на Протокол 1 кон Конвенцијата и член 17(1) од Повелбата на ЕУ го дефинираат правото на сопственост како право коешто има силни социјални граници, па со оглед на тоа треба да биде ограничено во општ интерес.

Судската пракса на ЕСП (Martin Luksan v. Petrus van der Let; Scarlet Extended SA v. SABAM; Promusicae v. Telefonica de Espana SAU) и судската пракса на ЕКЧП (Neij and Sunde Kolmissioppi v. Sweden; Ashby Donald and Others v. France), исто така може да претставува извор на поддршка за балансирана одредба за интелектуална сопственост.

На овој начин, “интелектуалната сопственост, осветлена од страна на општиот интерес, може да се претвори во едно ‘умерено и легитимно право’, умерено поради тоа што е инструментализирано, а легитимно поради тоа што е во служба на она што е најкревко во овој свет, човештвото” (Buydens in Geiger, 2013: 21).

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Книги и статии:

- Barazza, Stefano, *Authorship of Cinematographic Works and Ownership of Related Rights: Who Holds the Stage?*, Journal of Intellectual Property Law and Practice, 2012
- Chapman, Audrey, *A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress and Access to the Benefits of Science*, Intellectual Property and Human Rights, WIPO Publication No.762(E), Geneva, 1999

- Coban, Ali Riza, *Protection of Property Rights Within the European Convention of Human Rights*, Ashgate Publishing, 2004
- Cullet, Philippe, *Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era*, Human Rights Quarterly Vol.29 No.2, The John Hopkins University Press, 2007
- Дабовиќ-Анастасовска, Јадранка и Пепељуговски, Валентин, *Авторско право*, Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје, 2006
- Geiger, Christophe, “Constitutionalising” Intellectual Property Law? *The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, International review of intellectual property and competition law, 37(4), 2006
- Geiger, Christophe, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can influence the Shape and Use of IP Law*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No.13-06, 2013
- Goldstein, Paul and Hugenholtz, P.Bernt, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, 2012
- Groussot, Xavier and Pech, Laurent, *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, Foundation Robert Schuman European Issue No.173, 2010
- Grosse Ruse-Khan, Henning, *Overlaps and conflict norms in Human Rights Law: Approaches of European Courts to Address Intersections with Intellectual Property Rights*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No.13-18, 2013
- Griffits, Johnatan and McDough, Luke, *Constructing European Intellectual Property, Achievements and New Perspectives*, Edvard Elgar Publishing Limited, Cheltenham & Edvard Elgar Publishing Inc, Northampton, 2013
- Helfer, Laurence R., *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, Harvard International Law Journal, Volume 49, 2008
- Helfer, Laurence R., *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, U.C. Davis Law Review, Vol.40 No.971, 2007
- Helfer, Laurence R., *Redisining the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, The European Journal of International Law Vol.19 No.1, 2008
- Matthews, Duncan, *Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health*, Queen Mary, University of London, Legal Studies Research Paper No.24/2009

- Mully, Tuomas, *Intellectual Property and Fundamental Rights: Do They Interoperate?*, Intellectual Property Beyond Rights, WSOY, 2005
- Пепељугоски, Валентин и Дабовиќ-Анастасовска, Јадранка, *Право на интелектуална сопственост*, Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје, 2008
- Поленак-Акимовска, Мирјана, Дабовиќ-Анастасовска, Јадранка, Бучковски, Владо и Пепељугоски, Валентин, *Интелектуална сопственост I Индустриска сопственост*, Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје, 2004
- Pompeu Fabra, Alejandro and Torres Perez, Aida, *Main Trends in the Recent Case Law of the European Union Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*, European Parliament, Brussels, 2012
- Renucci, Jean-François, *Introduction to the European Convention on Human Rights The rights guaranteed and the protection mechanism*, Council of Europe, 2005
- Santos, Ana Eduarda, *Reballancing Intellectual Property in the Information Society: The Human Rights Approach*, Duke Law School, 2013
- Спировски, Игор, *Јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права (збирка на пресуди)*, 2-ри Август С, Штип, 2007
- Welkowitz, David S., *Privatizing Human Rights? Creating Intellectual Property Rights from Human Rights Principles*, New York University, Volume 43 No.3 Article 3, 201
- Yu, Peter K., *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, U.C. Davis Law Review, Vol.40 No.1039, 2007

Правни документи:

- Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10.12.1948
- International Covenant on Economic, Social and Fundamental Rights, New York, 16.12.1966
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No.11 and No.14, Rome, 4.11.1950
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, Nice, 7.12.2000

Правни случаи од Европската комисија за човекови права и Европскиот суд за човекови права:

- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App.No.73049/01, 44 Eur. H.R. Rep. 42 [846], 855-56 (Chamber 2007) (judgement of Oct. 11, 2005)

- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App.No.73049/01, 45 Eur. H.R. Rep. 36 [830], (Grand Chamber 2007)
- Aral v. Turkey, App.No.24563/94 (1998) (admissibility decision)
- Ashby v. France, App.No.36769/08 (Eur. Ct. H.R. January 10, 2013)
- Dima v. Romania, App.No.58472/00, para 87 (2005) (admissibility decision)
- Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden, App.No.40397/12 (Eur. Ct. H.R. February 19, 2013)
- Lenzing AG v. United Kingdom, App.No.38817/97, 94-A Eur. Comm' H.R. Dec.&Rep.136 (1998)
- Melnychuk v. Ukraine, App.No.28743, para.8 (2005) (admissibility decision)
- Motais de Narbonne v. France, July 2, 2002, App.No. 48161/99
- Smith Kline & French Lab. Ltd v. Netherlands, App.No.12633/87, 66 Eur. Comm' H.R. Dec.&Rep. 70, 79 (1990) (admissibility decision)

Правни случаи од Европскиот суд на правдата:

- Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening (C-5/8) [2009]
- Martin Luksan v. Petrus van der Let (C-277/10) [2012] at [68]
- Promusicae v. Telefonica de Espana SAU (C-275/06) [2008] at [65]
- Scarlet Extended SA v. SABAM (C-70/10) [2012] at [44]

ПОСТАПКА ЗА ПРИЗНАВАЊЕ НА ПРАВОТО НА ПАТЕНТ

Дарко Јанкуловски

e-mail: darko_jankulovski@hotmail.com

Апстракт

Прогресот на човештвото најчесто се согледува низ призмата на интелектуалната сопственост сфатена како продуктивна мисла, а пак во прилог на техничко-технолошкиот прогрес, веројатно најзначајната улога како право од индустриска сопственост ја има **правото на патент**. Предмет на заштита на ова право е **пронајдокот** што е резултат на пронајдувачки труд на едно или повеќе лица - пронајдувачи, процес, материја која е резултат на некој процес и растителни и животински сорти (во некои држави).

Услови за еден пронајдок да биде заштитен со правото на патент се: тој пронајдок да е решение на одреден технички проблем, да е **новост, инвентивен придонес (исчекор) и индустриска применливост**.

Правата од индустриска сопственост се стекнуваат во постапка пропишана со закон, која почнува со поднесување на уредна пријава за упис во соодветниот регистар при ДЗИС. Правата важат од денот на поднесување на пријавата за заштита на правото се до истекот на законски предвидениот рок на важење на правото. За правото на патент конкретно, пропишано е времетраење на заштитата од 20 години (и можност за дополнителен сертификат во траење од уште 5 години за пронајдоци од областа на медицината и заштитата на растенијата). По својата правна природа правата од индустријска сопственост имаат апсолутен карактер, а со уписот во соодветниот регистар добиваат дејство *erga omnes*. Овој труд е посветен на постапки пред ДЗИС во РМ и постапки согласно договорот за соработка во областа на патентите ДСП, за поднесување на европска патентна пријава пред европскиот патентен завод во Минхен согласно ЕКП.

Клучни зборови: *интелектуална сопственост, патент, пронајдок, заштита, erga omnes.*

THE PROCEDURE OF THE PATENT RIGHT RECOGNITION

Darko Jankulovski

e-mail: darko_jankulovski@hotmail.com

Abstract

The progress of the purest humanity is perceived through the prism of intellectual property conceived as a productive thought, in addition to technological progress, probably the most important role as an industrial property is **the patent right**. Subject to the protection of this right is the invention as a result of creative work of one or more persons - inventors, process, material resulting from a process and plant and animal varieties (in some countries).

The conditions for an invention to be protected by a patent right are: the invention to be a solution to a technical problem, **novelty, inventive step (step) and industrial applicability**.

Industrial property rights are acquired in a procedure prescribed by law, which begins with the submission of a complete application for entry into the register at IPPO in RM. The rights are valid from the date of filing the application for protection of the right to the expiration of the legal validity of law. Patent Law specifically prescribes a duration of protection of 20 years (and the possibility of an additional certificate for a period of another 5 years for inventions in the field of medicine and plant protection).

By its legal nature the industrial property rights have an absolute character and its entry into the register receives the effect of *erga omnes*. This paper is devoted to the proceedings before IPPO in Macedonia and procedures under the agreement for cooperation in the field of patents PCT for filing a European patent application at the European Patent Office in Munich in accordance with the EPC.

Keywords: *intellectual property, patent, invention, protection, erga omnes*

Вовед

Прогресот на човештвото најчесто се согледува низ призмата на интелектуалната сопственост сфатена како продуктивна мисла. Интелектуалната сопственост пак од своја страна не е сопственост во стварно-правна смисла туку е сопственост на творецот врз творбите на творческиот ум (интелект) и е сочинета од две групи на права - тоа се: правата од индустриска сопственост и авторските права. Со правата од индустриска сопственост се штитат творби кои се применливи во индустријата и занаетчиството. Во прилог на техничко-технолошкиот прогрес, веројатно најзначајната улога како право од индустриска сопственост ја има **правото на патент** – право чиј предмет на заштита е пронајдокот. Овој факт, како и значењето на пронаоѓаштвото воопшто, се согледува и во една мисла на – според мене најзначајниот ум на човештвото и најголемиот пронаоѓач на сите времиња – **Никола Тесла**. Во своето дело *“Моите изуми”* тој вели: ***“Напредокот и развојот на човекот во голема мера зависат од дарбата за пронајдоци. Таа дарба е најважниот производ на човечкиот творчески ум. Нејзината крајна цел е целосна превласт на умот над материјалниот свет и завладување со природните сили за потребите на луѓето.”*** Без неа *“човештвото одамна би исчезнало во борбата со немилосрдните сили на природата.”*

Оттука се согледува и важноста на пронаоѓачите, на таа мала група луѓе толку значајна за човештвото, а кои се често несфатени и непризнати од средината, или пак обесправени заради неовластено користење, копирање и злоупотреба на нивните пронајдоци. Сето ова укажува на потребата од една организирана правна заштита, заштита преку најмоќниот државен апарат на пронаоѓачите и нивните пронајдоци. Оваа потреба државите ја институционализираат уште кон крајот на XIX век со основањето на **Париската унија на патенти во 1883 година** (чија членака е и Република Македонија), каде се утврдени принципите и стандардите на заштита на патентите кои важат сеуште и денес.

Во ова мое излагање, нејпрвин ќе објаснам што е патент и кои творби се штитат со правото на патент, односно кои се условите за патентбилност на еден пронајдок, за потоа да ја образложам постапката за признавање на правото на патент, која е првата фаза во правната заштита и услов за понатамошна евентуална кривично-правна и граѓанско-правна заштита во случај на повреда на ова право.

2. Право на патент и услови за патентбилност

Што е патент? Патентот е право од индустриска сопственост, чиј предмет на заштита е **пронајдокот** што е резултат на пронајдувачки труд на

едно или повеќе лица – пронајдувачи, а може да биде производ, процес, материја која е резултат на некој процес и растителни и животински сорти (во некои држави).

Услови за патентбилност, односно услов за еден пронајдок да биде заштитен со правото на патент се: **новост, инвентивен придонес (исчекор) и индустриска применливост.**

Не се патентбилни односно не се сметаат за патент: **научните откритија, научните теории, математичките методи, естетските творби, планови, принципи и методи во врска со вршењето умствена работа, програми за сметачи за давање информации** (тие се предмет на заштита на авторското право).

Која е улогата односно какво е дејството на патентот?

Патентот е монопол на пронаоѓачот гарантиран од страна на државата, со кој на пронаоѓачот (или друго лице – титулар на правото на патент) на одредено време му се дава право да прави, да користи или да продава нешто, за потоа пронајдокот да се разоткрие. Како ефект од патентот произлегува пронајдокот да не може да биде користен од други лица без согласност на пронаоѓачот, што пак е поврзано со две други права: правото да се исклучат сите други од правење, употреба и продажба на пронајдокот и правото на тужба за неовластено користење на пронајдокот, за што законодавецот предвидува и кривична одговорност.¹

3. Надлежни институции за заштита на правото на патент во РМ, застапување на субјектите и времетраење на правото

За регистрација и заштита на правото на патент како право од индустриска сопственост примарна надлежна институција во Република Македонија е **Државниот завод за индустриска сопственост (ДЗИС)** кој е основан на 01.12.1993 година. Домашните и странските правни и физички лица имаат исти права и обврски при заштитата на правата од индустриска сопственост. Единствената разлика е во обврската на странските лица да овластат **Застапник** регистриран во **Регистарот на застапници за права од индустриска сопственост во Република Македонија**, кој ја води постапката пред наведениот управен орган, додека пак домашните физички и правни лица оваа постапка може да ја водат и самостојно и преку застапник.

¹ Поленак-Акимовска М., Дабовиќ-Анастасовска Ј., Бучковски В.: *Основи на правото на индустриска сопственост*, Куманово 2000, стр.69

Правата од индустриска сопственост се стекнуваат во постапка пропишана со закон, која почнува со **поднесување на уредна пријава за упис** во соодветниот регистар при ДЗИС. Правата важат од денот на поднесување на пријавата за заштита на правото се до истекот на законски предвидениот рок на важење на правото. За правото на патент конкретно, пропишано е **времетраење** на заштитата од **20 години** (и можност за **дополнителен сетификат** во траење од **уште 5 години** за пронајдоци од областа на **медицината и заштитата на растенијата**). Подносителот на пријавата се стекнува со право на **првенство** спрема секое друго лице кое подоцна ќе поднесе пријава (исклучок од ова правило се **саемското и униското право на првенство**). По својата правна природа правата од индустриска сопственост имаат апсолутен карактер, а со уписот во соодветниот регистар добиваат дејство *erga omnes*.

Имајќи предвид дека од РМ може да се поведат 3 вида постапки за заштита на правото на патент – тоа се национална пријава, пријава според Договорот за соработка во областа на патентите (ДСП) и пријава според Европската патентна конвенција (ЕПК), во овој труд ќе дадеме краток осврт на постапката за признавање на правото на патент, односно заштитата на еден пронајдок со патент, со акцент на праксата во Република Македонија.

4. Национална пријава

Особено значење за заштитата на пронајдоците има фазата на пријавување на пронајдокот во соодветната државна институција во конкретната држава. Во Република Македонија, административен орган надлежен за водење на оваа постапка е **Државниот завод за индустриска сопственост (ДЗИС)**, а постапката за признавање на правото на патент се регулира со **Законот за индустриска сопственост (ЗИС)** (Сл.Весник на РМ бр.21/2009, бр.24/2011, бр.12/2014 и бр.41/2014) и со Правилникот за патент.

Согласно **Член 13 од ЗИС** “Со патенент се штити пронајдок кој претставува ново техничко решение на определен технички проблем, нова растителна сорта и хибрид, кој е резултат на творечка работа, кој е технички применлив и кој може да се примени во индустриска или друга стопанска дејност.” Според **Член 14** пак од истиот закон “Пронајдокот е нов ако пред поднесувањето на барањето за пријава на патентот, не бил опфатен со состојбата на техниката.” При оценувањето дали пронајдокот е нов не влијае фактот што пронајдокот, во периодот од најмалку 6 месеци пред денот на поднесувањето на пријавата за патент, и станал достапен на јавноста без согласност на пронајдувачот. **ДЗИС не врши потполно испитување**, односно не ја утврдува новоста на пронајдокот, но согласно Член 73 од ЗИС **најдоцна**

до истекот на деветтата година од траењето на патентот, носителот на патентот или сопственикот на исклучителните права од патентот е должен до Заводот да достави писмен доказ дека патентираниот пронајдок ги исполнува сите услови согласно членовите 13, 14 и 15 од ЗИС. Ова е важно од причина што секој пронајдок кој не е нов може и судски да се оспори, што повлекува и одговорност за материјална штета на пронајдувачот.

Подносителот на пријавата за патент ги има сите права согласно Законот, со право на првенство од денот на поднесувањето на пријавата (или по исклучок и порано, согласно правилата на саемско и униско право на првенство).

4.1 Содржина на пријавата за патент

Пријавата на патент треба да содржи:

1. Барање за признавање на патентот на образец ЗИС П-1 (во три примерока),
2. Опис на пронајдокот (во три примерока),
3. Патентно (ни) барање (а) (во три примерока),
4. Куса содржина на суштината на пронајдокот – апстракт (во три примерока),
5. Нацрт (и) ако е потребен (ни) (во три примерока),
6. Доказ за уплатена такса (во еден примерок),²

Во ова кратко излагање, не би се впуштал во детално објаснување на горенаведените прилози кон пријавата за признавање на правото на патент. Сепак, од аспект на Застапник за права од индустриска сопственост, според мојата пракса, би укажал дека најсуштинскиот дел од пријавата е прилогот **2. - Опис на пронајдокот**, од кој што потоа во најголем дел се изведуваат и другите прилози, заради што чувствувам потреба истиот и да го образложам.

Описот на пронајдокот се состои од: **назив на пронајдокот** и **опис на предметот на пронајдокот**. Називот на пронајдокот стои во горниот дел на средина на првата страница од описот. Тој треба да укажува на техничката суштина на пронајдокот и не смее да содржи измислени или комерцијални називи, имиња, шифри, кратенки кои се вообичаени за одделни производи и сл.

² ДЗИС, Упатство за начинот на составување и поднесување пријава на патент *Како се составува и поднесува пријава на патент*, Скопје 2012

На истата страница во горниот лев агол се наведува и името на подносителот. Описот на предметот на пронајдокот пак треба да биде даден во поднаслови и тоа по следниот редослед: **а) Област на техниката на која се однесува пронајдокот, б) Приказ на техничкиот проблем, в) Опис на состојбата на техниката и г) Опис на решението на техничкиот проблем.** Токму во описот на решението на техничкиот проблем се наведуваат сите битни карактеристики на пронајдокот, понатаму детален опис на најмалку еден од начините за реализација на пронајдокот и неговата индустриска или друга примена, така што просечен стручњак може да го примени или направи. Од овој прилог всушност и може да се согледаат условите за патентбилност на производот – новост, инвентивен придонес (исчекор) и индустриска применливост, кои се и суштината на пронајдокот, па од нив се изведува и патентното барање и апстрактот.

Патентните барања ги содржат техничките карактеристики на пронајдокот, а во својот карактеристичен дел, тие мора да ги содржат зборовите “означен со тоа што ” или “назначен со тоа што” (се работи за специфична техника на пишување, каде едно патентно барање мора да биде содржано во една реченица). **Нацртот** (доколку го има) мора да биде даден во А4 формат, согласно правилникот за патенти, а пак **апстрактот** претставува информација која го содржи називот на пронајдокот и кратка суштина на пронајдокот и не смее да содржи повеќе од 150 односно 250 збора. Сите овие прилози, освен во хартиена форма, до заводот треба да се достават **и во електронска форма** (во документ снимен на ЦД).

По доставувањето на пријавата на патент со прилозите кои се погоре наведени, ДЗИС најпрво испитува дали пријава е уредна, па **ако пријавата е уредна, заводот го утврдува датумот на поднесување** на пријавата како датум од кој подносителот има право на првенство на пријавениот патент.

4.2 Право на првенство

Подносителот на пријавата има право на првенство **спрема секое друго лице кое за истиот пронајдок подоцна ќе поднесе пријава**, од денот на приемот на уредна пријава на патент во ДЗИС. Од ова правило постојат два **исклучоци** – саемско право на првенство и униско право на првенство.

4.3 Исклучоци од правото на првенство - саемско право на првенство и униско право на првенство

На **саемското право на првенство** (согласно член 37 од ЗИС на РМ), може да се повика лице кое со **потврда, од официјално призната изложба**

или саем од меѓународен карактер во некоја земја членка на Париската унија или СТО, ќе докаже дека има изложено пронајдок на таа изложба. Врз основа на ова право, на лицето ќе му се признае **право на првенство на патентот во Република Македонија, од првиот ден на излагањето** (т.е. изложбата), **ако лицето го побара тоа во рок од 90 дена од денот на затворањето на изложбата** (саемот). За да се оствари ова право, во пријавата за патент (во ДЗИС на РМ) лицето мора да се повика на саемското право на првенство и во прилог на пријавата да поднесе и писмена потврда во смисла на Конвенцијата за меѓународни изложби со назначување на податоци за видот на изложбата односно саемот, местото на нејзиното одржување, денот на отворањето и денот на затворањето на изложбата, односно за денот на употребата.

На **униско право на првенство** (согласно член 38 од ЗИС на РМ), може да се повика **лице кое во некоја од земјите ченки на Париската унија или СТО веќе поднело уредна пријава за патент**. Врз основа на ова право, на лицето ќе му се признае **право на првенство на патентот во Република Македонија од денот на поднесувањето на првата пријава, ако лицето тоа го побара во рок од 12 месеци од денот на поднесувањето на првата пријава**. За да се оствари ова право, во пријавата за патент (во ДЗИС на РМ) лицето мора да се повика на униското право на првенство. За уредна пријава се смета пријавата чиј датум на поднесување е утврден согласно националното законодавство на земјата во која е поднесена првата пријава, без оглед на подоцнежната судбина на пријавата.³

4.4 Постапка пред ДЗИС

По поднесувањето на **пријавата**, ДЗИС испитува дали таа е уредна. Ако ДЗИС утврди дека пријавата **не** е уредна, со **писмено известување** до подносителот ќе ги наведе причините зошто пријавата не е уредна и ќе го повика подносителот да ги отстрани недостатоците најдоцна во **рок од 60 дена**. Ако подносителот на пријавата во предвидениот рок не ги отстрани недостатоците, Заводот со заклучок ќе ја отфрли пријавата како неуредна. Доколку пак пријавата е уредна (или уредена по известувањето), ДЗИС утврдува датум на поднесување на пријавата, па потоа преминува на **формално испитување**. По извршеното формално испитување, се признава патент кој трае до истекот на 9-тата година (бидејќи нашиот ДЗИС не врши потполно испитување). Со цел патентот да трае 20 (+5) години, потребно е да

³ Дабовиќ-Анастасовска Ј., Пепељуговски В.: *Права од интелектуална сопственост*, стр.165

се изврши **потполно испитување** во некоја од надлежните светски и европски институции утврдени со ЗИС и Конвенцијата за соработка во областа на патентите (во Унгарија, Романија и сл.).

Од денот на поднесување на пријавата, податоците од поднесената пријава за патент со апстрактот и нацртот **ДЗИС ги објавува во службеното гласило по истекот на 18 месеци** (Подносителот може да побара и порано објавување, но не и пред истекот на рокот од 3 месеци). Со денот на објавувањето на податоците од пријавата во службеното гласило, доколку подносителот ги плати **таксите и трошоците** и достави доказ за тоа до заводот, се признава правото на патент кое се запишува во соодветниот регистар, а ДЗИС издава исправа - **решение за признавање на правото на патент**. Како што веќе погоре наведовме, ова право на подносителот на пријавата **трае до истекот на 10-тата година** од денот на поднесувањето, освен **ако подносителот на пријавата до истекот на 9-тата година не достави доказ за извршено потполно (детално) испитување од надлежна меѓународна институција** согласно Конвенцијата за соработка во областа на патентите. Врз основа на овој доказ, **ДЗИС донесува соодветно решение за траење на патентот 20 години** (сметајќи од денот на поднесување на пријавата), која важност може да се продолжи дополнителен сертификат за **уште 5 години**, ако патентот се однесува на медицински производ, производ за заштита на растенијата или постапка за нивно добивање, за кои пред пуштање во промет потребно е изведе управна постапка за одобрување пропишана со закон.

Согласно ЗИС, ако е издаден патент за постапка, неговото дејство се протега и на производите добиени од таа постапка.

Со уписот во Регистарот на патенти, носителот на патентот се стекнува со следниве **права**: право на користење на заштитениот производ, право на ставање во промет на производот, право на располагање и право на надомест кога друго лице го користи заштитениот производ. Сите овие права важат од денот на поднесување на уредна пријава.

Правото на патент престанува ако: носителот се откаже од тоа право, не се платат пропишаните такси и трошоци, врз основа на судска одлука или акт на ДЗИС и ако престанало правното лице или умрело физичкото лице кое е носител на правото.

5. Договор за соработка во областа на патентите (ДСП)

Согласно ДСП, заштитата на патентите може да се бара двонасочно, од Република Македонија кон други замји членки на ДСП-унијата и од другите

замји кон Република Македонија (чл.8 ст.3 од ЗИС). При тоа, условите за патентирање мора да бидат во согласност со националните законодавства на замјите каде се постапува по меѓународната пријава. Според тоа, државните заводи (и ДЗИС на РМ како таква институција) добиваат трикратен статус и тоа: 1.Приемен завод, 2.Назначен завод и 3.Избран завод.

5.1 Постапка на ДЗИС како “приемен завод”

Како приемен завод, ДЗИС е надлежен за **прием на меѓународни пријави** кои ги поднесуваат **лица со македонско државјанство**, односно лица кои имаат седиште, живеалиште или престојувалиште во Република Македонија (член 116 од ЗИС). Меѓународната пријава мора да биде на **англиски јазик**.

При поднесувањето на меѓународната пријава во ДЗИС, подносителот може да побара заштита само во согласност со македонското законодавство (на пример пронајдокот може да се штити само со патент а не и со полезен модел или мал патент). При тоа на ДЗИС му се плаќа пропишаната **меѓународна такса** која се состои од основаната такса и таксата за назначување на секоја држава. Образците и прилозите се исти како и кај домашната пријава, од причина што ЗИС е хармонизиран со ДСП и Правилникот за спроведување на УСП.

По приемот на пријавата, ДЗИС најпрвин ги испитува формалните услови пропишани со ДСП. Доколку се тие исполнети ДЗИС го утврдува датумот на поднесување на меѓународната пријава за патент и ја запишува во Регистарот за меѓународни пријави. Потоа пристапува кон детално формално испитување за да се исправат евентуалните формални недостатоци, кои доколку не бидат отстранети ДЗИС со заклучок ќе констатира дека пријавата е повлечена. **Доколку пак пријавата е во ред, ДЗИС согласно ДСП испраќа еден примерок во СОИС, еден примерок во органот за меѓународен решарш (Европскиот завод за патенти) и еден примерок задржува за себе.**

5.2 Постапка на ДЗИС како “назначен завод”

Како назначен завод, ДЗИС постапува по меѓународните пријави во кои **Република Македонија е назначена држава** (чл.117 од ЗИС). Во овој случај, ДЗИС по ваквата пријава постапува како да е поднесена домашна пријава, понатаму тој мора да **чека** за почеток на испитување на пријавата **20 месеци** по датата на првенство на пријавата, па последица на ова е фактот што **подносителот на меѓународната пријава ги има сите права како да поднел национална пријава во РМ.**

По истекот на рокот од 20 месеци од датумот на поднесување на пријавата, ДЗИС добива од Меѓународното биро на СОИС примерок од меѓународната пријава и примерок од извештајот за меѓународен решарш што го спровел надлежниот Орган за меѓународен решарш, а од подносителот на пријавата добива превод на пријавата на македонски јазик. Со приемот на преводот на меѓународната пријава и уплатата на меѓународната такса од подносителот, пријавата влегува во т.н. национална фаза, односно ДЗИС ја третира пријавата како домашна.

Рокот за поднесување на барање за потполно испитување на меѓународна пријава е 6 месеци од датата на меѓународната пријава, односно 21 месец од датата на првенство на пријавата, меѓутоа бидејќи ДЗИС не спроведува потполно испитување (не е надлежен), потполното испитување се спроведува во една од избраните институции кои по правило се државни или меѓудржавни заводи и согласно ДСП имаат статус на овластени институции за меѓународно пребарување и потполно испитување (на пример заводите во Унгарија, Романија...).

5.3 Постапка на ДЗИС како “избран завод”

Како избран завод ДЗИС постапува кога во меѓународната пријава **РМ е наведена како избрана држава**. Во тој случај ДЗИС има обврска да **чека 30 т.е. 31 месец** од датата на првенство на меѓународната пријава, за почнување со испитување на пријавата (освен ако подносителот изрично бара испитувањето да почне веднаш).

По истекот на овој рок ДЗИС добива од Меѓународното биро на СОИС примерок од меѓународната пријава и примерок од извештајот за меѓународен решарш што го спровел надлежниот Орган за меѓународен решарш, а од подносителот на пријавата добива превод на пријавата на македонски јазик. Со приемот на преводот на меѓународната пријава и уплатата на меѓународната такса од подносителот, меѓународната пријава со означување на Република Македонија како избрана држава влегува во т.н. национална фаза, односно ДЗИС (како избран завод) ја третира пријавата како домашна, па донесува решение за признавање на патент или за одбивање на барањето за признавање на патент, согласно член 25-30 од ЗИС.

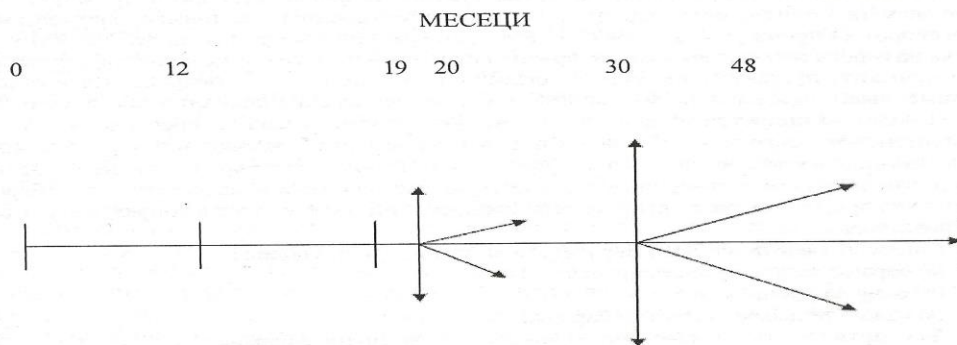
Рокот за поднесување на барање за потполно испитување на меѓународна пријава е 6 месеци од датата на меѓународната пријава, односно 31 месец од датата првенство на пријавата, за кое ДЗИС на РМ не е надлежен, па пријавата

се испраќа до надлежна институција и постапката се одвива како што е погоре објаснето.⁴

6. Европска пријава на патент, поред ЕПК⁵

с

ВРЕМЕТРАЕЊЕ НА ПОСТАПКА ПРИ ПОДНЕСУВАЊЕ НА ДСП – ПРИЈАВА



- 0 – поднесување на национална пријава
- 12 месеци – одлука пријавата да се поднесе меѓународно преку ДСП
- 19 месеци – барање за меѓународно претходно испитување
- 20 месеци – влез во национална фаза доколку не постоело барање за меѓународно испитување
- 30 месеци – влез во национална фаза доколку постоело барање за меѓународно испитување
- 48 месеци – дата после која може да настане објавување на пријавата во национален или регионален патентен гласник со првобитната дата на приоритет

Европска патентна пријава согласно ЕПК до Европскиот патентен завод (ЕПЗ) со седиште во Минхен, С.Р.Германија (и истурена канцеларија

⁴ Сликата е преземена од Дабовиќ-Анастасовска Ј., Пепељуговски В.: *Права од интелектуална сопственост*, стр.165

⁵ ЕПК - Конвенција за признавање на европски патенти (Европска патентна конвенција) - Convention on the grant of european patents (European patent convention) – од 05.10.1973г. со последна измена и дополнување од 29.11.2000, согласно која се регистрира право на европски патент во Европскиот патентен завод во Минхен (European patent office - EPO).

во Хаг), може да поднесе секое физичко или правно лице, здружени поднесители или два или повеќе поднесители кои назначуваат различни договорни страни. Пријавата може да се поднесе до ЕПЗ или до заводот за индустриска сопственост или друг надлежен орган на договорната страна. Согласно член 119 од ЗИС на РМ, за европските патенти кои ги признал ЕПЗ во согласност со ЕПК а за кои е побарана заштита во РМ, се применуваат одредбите на ЗИС на РМ, освен ако тоа не е поинаку определено со ЕПК. Европската патентна пријава чија што содржина е доверлива не се испраќа до Европскиот патентен завод, па ако не е препратена во определениот рок, или пак не се платени пропишаните такси за поднесување и пребарување - пријавата се смета за повлечена.

Европската патентна пријава, согласно член 78 од ЕПК, ја има следнава содржина:

1. Барање за признавање Европски патент,
2. Опис на пронајдокот,
3. Едно или повеќе патентни барања,
4. Нацрти кои што се наведени во описот на патентните барања и
5. Апстракт,

По поднесувањето на пријавата до ЕПЗ, заводот испитува дали пријавата ги исполнува барањата за утврдување на датумот (односно дали пријавата е уредна). Ако датумот неможе да се утврди – пријавата нема да се испитува. Ако пак датумот на поднесување на европската патентна пријава биде утврден, ЕПЗ преминува кон формално испитување на пријавата, односно испитува дали се исполнети формалните барања во согласност со Прваилникот. Ако заводот утврди недостатоци кои треба да се отстранат, ќе му даде рок на подносителот за отстранување на утврдените недостатоци, па ако тој тоа не го стори – пријавата ќе биде отфрлена.

По формалното испитување, ЕПЗ подготвува и објавува европски извештај од пребарувањето на европските патентни пријави, во рок од 18 месеци од денот на поднесувањето или доколку е побарано право првенство, од датумот на првенството. Согласно чл.301 ст.5 од ЗИС на РМ, Европската патентна пријава за која е побарана заштита согласно ЕПК, има заштита и во РМ сметано од датумот во доставениот превод на патентните барања, па подносителот е должен во рок од 3 месеци да достави превод барањата на македонски јазик и ги плати трошоците и таксите. ДЗИС на РМ ги објавува праводите во Службеното гласило.

Понатаму, ЕПЗ преку својот Оддел за испитување испитува дали пронајдокот ги исполнува условите за признавање на правото на патент согласно ЕПК, па според тоа донесува Решение за признавање на европски

патент (или ако не се исполнети условите – пријавата ја одбива). Решението за признавање на европски патент има важност од датумот кога признавањето е објавено во европскиот патентен билтен.

Тогаш следува фазата на приговор, во рок од 9 месеци од датумот на објавувањето до Одделот за приговори при ЕПЗ согласно условите предвидени во ЕПК.

Против одлуките на Приемното одделение, Одделот за испитување, Одделот за приговор и Правниот оддел, дозволена е жалба до Апелациониот совет, во рок од два месеци од доставувањето на одлуката. Жалбата има суспензивно дејство. Апелациониот совет може мериторно да го реши предметот или пак да го врати на повторно одлучување до органот кој ја донел одлуката. Апелациониот совет, по барање на една од странките или по своја иницијатива, може и да упати прашање до Вишиот апелационен совет, чии причини во случај на одбивање на жалбата Апелациониот совет ги наведува во својата одлука.

Против оваа одлука, странките имаат право на Барање за повторно разгледување до Вишиот апелационен совет, заради причини наведени во ЕПК. Барањето за повторно разгледување нема суспензивно дејство. Вишиот апелационен совет го испитува барањето согласно Правилникот, па ако утврди дека тоа е дозволено, Вишиот апелационен совет ја укинува одлуката и повторно ја отвара постапката пред Апелациониот совет согласно Правилникот.

За сите погоренаведени постапки, доколку пропишаните такси и трошоци не се уплатат – барањата се одбиваат.

Согласно член 116 од ЕПК, органите на ЕПЗ може да закажат и усна расправа.

Во членот 117 од ЕПК пак, како доказни средства пред ЕПЗ се предвидени: сослушување на странки, барање на информација, доставување документи, сослушување сведоци, мислења на експерти, увид и изјави дадени под заклетва.

ЕПЗ води Европски патентен регистар, кој е јавен.

Европската пријава за патент за која е побарана заштита во РМ може да биде конвертирана во национална пријава, ако истата се смета за повлечена согласно член 77 став 5 од ЕПК или ако преводот на патентните барања не е поднесен во предвидениот рок од чл.14 ст.2 од ЕПК. Во тој случај подносителот на конвертираната пријава е должен до ДЗИС да достави превод на македонски јазик и да ги плати пропишаните такси и трошоци.

Заклучок

Низ правата од интелектуална сопственост најчисто се согледува човековиот прогрес, но имајќи предвид дека тој прогрес му припаѓа на целото човештво, улогата на правото е да обезбеди најефикасна можна заштита на овие права.

Да останеме на висината на задачата!

Библиографија

- Мирјана Поленак Аќимовска, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Владо Бучковски, “Основи на Правото на индустриска сопственост”, Куманово 2000,
- д-р Мирјана Поленак Аќимовска, д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска, д-р Владо Бучковски, д-р Валентин Пепељугоски “Интелектуална сопственост I Индустриска сопственост”, Скопје 2004,
- Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Валентин Пепељугоски “Права од интелектуална сопственост”, Скопје 2012,
- Упатство од ДЗИС на РМ “Како се составува и поднесува пеијава на патент?”, Скопје 2012,
- Закон за индистриска сопственст (ЗИС) (Сл.Весник на РМ бр.21/2009, бр.24/2011, бр.12/2014 и бр.41/2014),
- ДЗИС на РМ, Европска патенетна конвенција (ЕПК), Скопје 2008,
- Никола Тесла “Моите изуми”,

DIVORCE BY MUTUAL CONSENT¹

Tanja Kitanović,

PhD, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

e-mail: tkitanovic@prafak.ni.ac.rs

Abstract

As a type of divorce where the spouses' mutual consent has the dominant role in termination of marriage, divorce by consent was in a longer period of time labeled as the cause of uncontrolled increase in the number of divorces and was stigmatized as the enemy of the stability of marriage and family. Therefore, there was an ambivalent attitude to this type of divorce, so that it was not present in all historical periods and in all divorce systems. However, spouses always sought ways, often on the edge of law, to divorce by agreement, without stating the specific reasons that led to the disorder of marital relations, and thus to maintain their privacy away from the public eye.

Thanks to numerous benefits of this type of marriage termination, divorce by consent gained its full recognition in the twentieth century, and today it is very popular in divorce practice and is slowly becoming the dominant mode of marriage termination in the modern world. Bearing in mind, that the Serbian and Macedonian legislator is traditionally guided by normative solutions effectively present in the European legal space, we have chosen the analysis of the current regulations on this type of divorce in Serbia, Macedonia and certain European legal systems for the subject of the work in order to indicate the possible directions of development and a more adequate modeling of divorce by consent in our law.

Keywords: *divorce by mutual consent, marriage, spouses, Serbian law, Macedonian law, European legal space.*

¹ This paper represents the result of research on the project "Reconciling the laws of Serbia with the law of European Union", which is being implemented by the Faculty of Law in Nis in the period 2013-2018.

Marriage and divorce in the modern world

Changed social conditions, the expansion of the human rights corpus and the liberalization of divorce law are some of the factors that lead to an increase in the number of divorces in the modern world. Marital crises are not solely a characteristic of the modern era, but in the earlier epochs of history they were usually ignored, given the fact that a marriage represented primarily economic, and then the emotional union of spouses. Today, however, marriage crises are increasingly resulting in divorce.

In a modern marriage causes of psychological, sexual, emotional and intellectual dissent, which have been held back for centuries as factors leading to the disorder of marital relations, emerge to the surface and become the grounds for divorce *par excellence*.² A marriage based on emotional feelings of spouses can very easily fall apart, since love is a variable category. Modern life, its pace and complexity, lead to depersonalization of social personality, which is why a man seeks full compensation in his family environment: the family and marital individualism makes up for his constrained social individualism.³ If these desires are not met, the marriage has not fulfilled its purpose and is doomed to failure. Divorce becomes a real modern man right when his marriage has not provided a minimum of what reasonably is expected of it.

In fact, in the modern world, a marriage is in the process of collapse, as can be seen in the historically extremely low rate of marriages, which is why conceiving and raising children is increasingly detached from a marriage.⁴ In this context, there has been a crisis of marriage and family in modern societies for some time. It is so grave that it brings into question the survival of both family and marriage.⁵

Bearing in mind the importance and function of marriage as a framework of giving birth, raising a family and providing safety and protection for children, in recent years there have been notable efforts to strengthen it, that is there have been more prominent trials to revitalize marriage.⁶ Qualitative analysis of the process of

² Mladenović, M., *Razvod braka i uzroci za razvod braka*, Beograd, Rad, 1974, p. 391.

³ Ibid., p. 385.

⁴ Shaw-Spath, K., "Why Covenant Marriage May prove Effective as a Response to the Culture of Divorce", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, pp. 59-67.

⁵ Krause, H. D., "Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all", *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Vol. 2, No. 4/2000, pp. 208-221.

⁶ Wardle, L., "Institutionalizing Marriage Reforms Through Federalism", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening*

individualization of marriage indicates not only that "the concept of marriage for all time is broached", but also that the very concept of "common life" is started to be reassessed. However, the surveys carried out among the population across Europe show that the family sector has kept a very high position on the scale of life goals, that living together has become a less instrumental target and a more emotional need of the individual *per se*, but it is difficult to achieve it in social systems which generate constant uncertainty, competition and mobility.⁷

Divorce by Mutual Consent in the European Legal Space

The contemporary regulation of divorce by mutual consent is not characterized by strict uniformity.⁸ Hence, divorce by mutual consent is governed in certain countries as an independent cause of divorce⁹, i.e. as a separate way of terminating a marriage (e.g. France, Switzerland, Belgium, Portugal, Greece and Bulgaria), while in other countries it exists within the general cause of divorce formulated as an irreversible breakdown of marriage or a serious and permanent disruption of marital relations (e.g. Denmark, Hungary, Italy, Holland, Germany and Russia).

The regulation of the consequences of divorce by mutual consent is one of the tendencies of contemporary family law. Accordingly, the spouses are required to reach an agreement on the consequences of divorce, where the range of issues that must be regulated varies from one legal system to the other. By standardizing a model of divorce by mutual consent, certain contemporary laws set very strict requirements, i.e. spouses are required to regulate the broader range of issues that become topical at the time of the termination of a complete family union, so as they would not cause a confrontation of spouses in the post-divorce stage.

Marriage, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002, pp. 167-175.

⁷ Bobić, M., "Tranzicija bračnog partnerstva - primer naselja Beograd", *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, No. 110-111/2001, p. 197.

⁸ Read more about the institution of divorce in certain European legal systems: Kovaček-Stanić, G., *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2002, pp. 95-118.

⁹ For more details about the specifics of the institute of divorce in the modern world, with a special emphasis on factors of modelling modern divorce systems: Micković, D., *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Скопје, Блесок, 2008, pp. 247-268, like in Kitanović, T., "Razvod braka u savremenom svetu", *Pravo i društvena stvarnost*, P. Stojanović, (ed.), The Faculty of Law in Priština temporarily situated in Kosovska Mitrovica, Kosovska Mitrovica, 2014, pp. 99-116.

To illustrate this, according to German law spouses must submit to the court the agreement on the exercise of parental rights (including the agreement on the amount of contributions for child support and on the way of realizing personal contacts between the child and the parent with whom the child will not live after divorce), the agreement on spousal maintenance, the agreement on the division of joint property and pensions, as well as the agreement on the legal regime of the family home and household.¹⁰

The situation is similar in Bulgarian law. Namely, along with the proposal for divorce by consent the spouses must submit the agreement on children, the agreement on maintenance of the dependent spouse, the agreement on division of joint property, the agreement on family home and the agreement on the use of personal names after divorce.¹¹

Similarly, according to Swiss law, the spouses who initiate the divorce procedure by submitting a joint application, have to regulate the following: the exercise of parental rights, spousal maintenance, division of property and social security, the transfer of the lease contract of the family apartment from the spouse who is a lessee to the spouse who is not, and a possibility of constituting time-limited rights of residence on the property owned by the other spouse.¹²

Belgian law imposes an obligation on spouses to reach a detailed agreement on all aspects of the exercise of parental rights over the minor joint children both during the divorce proceeding and after divorce. The importance of the agreement on the residence of children and spouses during divorce proceeding as well as after divorce is especially accentuated. Therefore, the spouses must first reach the agreement on the exercise of parental right, and then the agreement on maintenance of the dependent spouse, the agreement on inheritance if one of them dies during the procedure of divorce, on division of marital property and, possibly, on the specific requirements related to the division of this property.¹³

However, in some situations the spouses agree that their marriage has failed and that it must be divorced, but they are unable to reach the agreement on the

¹⁰ § 630 Civil Procedure Code of Germany (*Zivilprozessordnung - ZPO*), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>, access on August 08, 2015.

¹¹ Art. 51 par. 1 Family Act of Bulgaria (*Семеен кодекс на Република България*), from June 12, 2009, <http://www.lex.bg/bg/laws/doc/2135637484>, access on August 08, 2015.

¹² Art. 111 The Swiss Civil Code (*Zivilgesetzbuch - ZGB*), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html>, access on August 08, 2015.

¹³ Art. 1287 and 1288 the Belgian Judicial Code (*Gerechtigd Wetboek - GW*), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl, access on August 08, 2015.

consequences of divorce. Hence, there are two standardized models of divorce by mutual consent in certain European legal systems: first, there is one where it is necessary that spouses reach both the agreement on divorce and the agreement on divorce consequences, and second, there is the other model where it is enough that the spouses agree that their relations are seriously and permanently disturbed, and that the marriage no longer achieves its purpose, so that divorce is inevitable, while all disputed consequences of divorce will be regulated by the jurisdiction of the court.

Dualism of forms of divorce by mutual consent is also present in contemporary French law. In the case of the first form of divorce by mutual consent, in addition to the agreement on divorce the spouses are required to agree also on the exercise of parental rights, the use of personal names, liquidation of marital property regimes, right of pensions, social insurance rights, return of gifts and the compensatory prestation.¹⁴ In the case of the other form of divorce by mutual consent, divorce on the ground of accepting definite collapse of marriage (*divorce accepté; divorce résignation*), the spouses should agree that their marriage has suffered permanent and irrevocable breakdown, whereas the disputed consequences of divorce will be regulated by the court of law.¹⁵

Swiss law also has two models of standardized divorce by consent. Divorce by mutual consent is granted if the spouses have reached the agreement on divorce and its consequences, but it is also possible if at the moment of initiating divorce procedure the spouses do not have an agreement on the consequences of divorce. The disputed consequences will be, therefore, regulated by the court.¹⁶

Then, some legislations, while regulating the consequences of divorce, require that the request for a divorce is preceded by spouses living separately for a certain period of time. Namely, in order to prevent a hasty petition for divorce, which may be the result of temporary mood of spouses, the desire for a divorce must be deeply rooted in the consciousness of the spouses, it must be present for a longer period of time and must be followed by separation of the spouses. This prevents the abuse of rights when initiating divorce procedure, it provides protection against frivolous divorce and facilitates the identification of marriage breakdown.¹⁷

¹⁴ Art. 230-232 The French Law of Divorce (Loi No. 439-2004), from May 26, 2004, which is incorporated in The French Civil Code (*Code civil - CC*). The integral text of CC is available on the French government site, <http://www.legifrance.gouv.fr>, access on August 08, 2015.

¹⁵ Art. 233-234 CC.

¹⁶ Art. 112 ZGB.

¹⁷ Schwab, D., *Familienrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2008, p. 151.

According to German law, the petition for divorce must be preceded by an annual separation of spouses, on the basis of which it is irrefutably presumed that the marriage has suffered a definite breakdown. In this sense, a marriage has failed if the spouses have been living apart for at least one year and both file for divorce, as well as if one spouse applies for divorce, while the other spouse acceptit.¹⁸

Separate living of spouses is of particular importance in the law of Great Britain, where it is normalized as a separate cause of divorce, while divorce by mutual consent does not figure as a way of terminating a marriage. However, separation of spouses accompanied by consent on certain consequences of divorce leads to divorce through alleviated procedure.¹⁹

Some contemporary laws do not permit divorce by mutual consent within a certain period after the marriage is concluded, so that the duration of the marriage appears as a prerequisite for the admissibility of this form of divorce, although in recent years there has been a noticeable tendency of abandoning this condition. Hence, according to Belgian law²⁰ a marriage should last for at least two years, and according to Greek law²¹ for a year. In the same way, there are some requirements in terms of spouses' age, although this condition, as well as the previous one, is typical of earlier epochs. To illustrate this, according to the law of Belgium, the spouses may initiate the divorce procedure by submitting a joint petition if they are at least 20 years of age.²²

In the modern family law for years there has been a tendency of abandoning mediation as an obligatory phase of a divorce proceeding initiated by joint petition of the spouses, because it has been determined that the attempts of reconciling the spouses are in most cases doomed to failure. Yet, mediation is normally possible on a voluntary basis, and is focused on assisting spouses in the sphere of regulating the consequences of divorce.

The clauses, which eliminate situations extremely contrary to the principle of fairness, i.e. which prevent divorce if it can lead the children or spouses in difficult

¹⁸ § 1566 I the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>, access on August 08, 2015.

¹⁹ More about this: Standley, K., *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 147-152, as well in Thomson, J., *Family Law in Scotland*, Tottel Publishing Ltd, Edinburgh, 2006, pp. 140-143 and 148-149.

²⁰ Art. 275 the Belgian Civil Code (*Burgerlijk Wetboek - BW*), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl, access on August 08, 2015.

²¹ Art. 1350 par. 2 the Greek Civil Code, translation in English language by Constantin Taliadoros, Edited by Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000.

²² Art. 276 BW.

material or moral position, are present in contemporary laws, such as German law (Härteklause), but their application in practice is rare, particularly for the benefit of the spouses. It can be concluded that these safeguard clauses are in the jurisprudence almost completely devalued, especially now thanks to the established opinion that it is better for the children that the parents divorce than to live in a family with disturbed relations, therefore, they are applied only in exceptional circumstances.²³ In addition, the construction of joint exercise of parental rights after divorce feeds partly illusory idea that the divorce of parents is in this way more bearable for the child, because both parents, serving as a role model, are in contact with the child.²⁴

Although recently there is a noticeable tendency in the contemporary law²⁵ of abandoning the reflection period, firstly because of the pressure of public opinion, since the divorcing couples do not look kindly on the prolongation of divorce and regard it unnecessary empty period²⁶, it seems that the prevailing attitude is in favour of the justification of the existence of this mechanism, which provides, by postponing divorce for a certain period of time, a more serious approach of society to the institution of divorce, i.e. a social control of divorce, at the same time providing an opportunity for the spouses to once again reflect on the necessity of divorce, and find the best solution by reviewing the agreement on the consequences of divorce, which provides a responsible divorce.

Handling the cases of divorce by consent is under the judicial authorities in most European legal systems. Thus, this form of dissolution of marriage is in exclusive jurisdiction in Switzerland, Belgium, Germany, France, the Netherlands, Greece, Bulgaria and Hungary. Moreover, in some legislations, like Portuguese²⁷ and

²³ Read more about the application scope of the clause on prohibiting divorce if the interests of minor children or a spouse require the preservation of marriage Schwab, D., *Familienrecht*, op. cit., pp. 153-155.

²⁴ Ibid.

²⁵ To illustrate this, the reflection period, as one of the conditions for divorce by mutual consent, was abandoned in French law with the legislative reform in 2004. However, prolonging the divorce is inevitable if the court finds that the agreement on the consequences of divorce is not in the best interests of the child, or is contrary to the interests of a spouse; then, the spouses will be given a period of six months to revise the agreement themselves, and if they do not, divorce by mutual consent will be denied. See art. 230-232 CC.

²⁶ Hausheer, H., Geiser, T., Aebi-Müller, R. E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, p. 115.

²⁷ The reform of the divorce law from 2001 prescribes the exclusive competence of deciding on applications for divorce by mutual consent in favor of the administrative authority - the Director of Parent Services. The Court has jurisdiction to deal with divorce cases

Russian²⁸, a parallel jurisdiction of court and administrative authorities is foreseen, which depends on the circumstances of the case, and above all on whether the spouses have common minor children. When it comes to judicial procedure, there is a tendency to create a special judicial procedure that resembles the administrative one (e.g. Law of Great Britain), as well as to determine non-litigation procedure as a procedure for deciding on applications for divorce by mutual consent (e.g. French law).

Legal regulation of divorce by mutual consent in Serbia and FYR Macedonia

The model of divorce by mutual consent accepted in the Family Act of Serbia²⁹ imposes an obligation on spouses to reach an agreement on the exercise of parental rights and agreement on division of joint property, whereas other issues that could potentially be a source of conflict, such as maintenance of the dependent spouse and the right of residence (*habitatio*), the spouses are not obliged to regulate by their agreement. In this sense, we did not consistently implement the idea of regulating divorce consequences by the agreement of spouses, and we did not reduce the need for initiating a procedure for arranging the disputed consequences of divorce in the future to the minimal possible measure.

By raising the right to divorce to the level of constitutional law we have created the possibility of free exit from marriage, where divorce has become fast and simple, regardless of which initial act has initiated divorce proceedings.³⁰ Therefore, divorce

only if the parents have reached an agreement on the exercise of parental rights, which, in the opinion of competent administrative body, is not in the best interests of the child. See art. 14 par. 2-7 Law No 272/2001, which is incorporated in the Portuguese Civil Code (*Código Civil Português - CCP*), <http://www.confap.pt/docs/codecivil.pdf>, access on August 08, 2015.

²⁸ According to Russian law, the spouses may divorce in an administrative proceeding if they have reached the agreement to divorce and if they do not have common minor children. In addition, divorce in the administrative procedure is possible if a spouse is incapacitated if he or she is missing, as well as if he or she is sentenced to imprisonment for a term exceeding three years. See art. 19 Family law of Russian Federation (*Семейный кодекс Российской Федерации*), <http://www.zakonrf.info/sk/>, access on August 08, 2015.

²⁹ Art. 40 Family Act of the Republic of Serbia, "Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 18/2005 and 72/2011.

³⁰ The Constitution of the Republic of Serbia from 2006 ("Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 98/2006) under art. 62. par. 1 foresees that a "everyone shall have the right to decide freely on entering or dissolving a marriage". This provision guarantees

by mutual consent should not be seen as a modality of divorce that provides an easier and faster way out of the marriage, since marriage can be relatively simply terminated by filing a petition for divorce, but as a form of divorce which is based on an agreed settlement of divorce consequences by spouses themselves.

However, according to the current Serbian law, divorce by mutual consent is not conditioned by the agreement on spousal maintenance, although the comparative legal systems, as we have seen in the previous section of this paper, require that the spouses should reach the agreement on this divorce consequence, and the same is according to the principles of European family law.³¹ Still, there are no obstacles that the spouses can reach an agreement on this issue as well. In the absence of an agreement, there is the possibility of emphasizing the alimony request in the divorce proceeding, but the requirements of this type can cause dissatisfaction and opposition by the potential provider for maintenance, who can withdraw their proposal for consensual divorce and thus thwart the divorce by mutual consent.

Since the implementation of maintenance obligations of the former spouse may be accompanied by many difficulties in practice, it is certainly more appropriate to require that the spouses should regulate this issue by their agreement, which liquidates the risk of possible conflict after the divorce regarding child support that is essential to the spouse. Therefore, the Commission³² on codification of our civil rights has chosen to correct the existing model of divorce by mutual consent, so that by Art. 42. Par. 2. of the third book of the Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia the

the freedom of divorce, so that the refusal of divorces in our jurisprudence is no longer possible.

³¹ The latter principles (*Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*) were formulated by the *Commission on European Family Law (CEFL)*, a group of experts assembled from family and comparative law professors from prominent European universities, established in 2001 with the task of working on the creation of theoretical and practical framework of harmonization of family law at the European level. The complete text of the Principles available on: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>, access August 08, 2015.

³² The Government of the Republic of Serbia established the Commission for drafting the Civil Code in 2006. The Commission was composed of prominent university professors and renowned experts in the field of civil law. The third book of the preliminary draft, dedicated to family relations, was presented to the public in June 2011. The integral text of the preliminary draft is available on the Internet at: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, access on August 08, 2015.

agreement on spousal maintenance is foreseen as a condition of divorce by mutual consent.

If the spouses opt for divorce by consent, they can, by their agreement, constitute the right of residence in favour of the child and the parent with parental rights, in the apartment or the house owned by a parent who does not exercise the parental rights. Yet, the agreement on this issue is not a condition for divorce by consent. If this kind of agreement has not been reached, the spouse, who exercises the parental right but has a housing problem, may request that the court establish the right of residence. However, this seems highly unlikely, since the disagreeing spouse who is the owner of the apartment may decide to give up on the proposal for divorce by consent.

As the solution to the housing problem, or obtaining the adequate house, is of great importance for every individual, especially for a sensitive human being such as a child, we believe that it would be desirable to explicitly standardize the obligation of parents to reach an agreement on this particular divorce consequence. After all, modern comparative law most often requires that the spouses should reach an agreement on the mode of use of the family home, and compared to the issue of division of joint property, this matter is given greater importance.

In the previous period, Serbian law had a clause which allowed a refusal of consensual divorce if justifiable interests of their minor children require so. However, this safeguard clause was applied very restrictively in the domestic divorce practice. Still, it prevented, at least in theory, divorce when its preservation was in the interests of the children, so that it was in accordance with the principle of fairness. Yet, today, the existence of this clause in our divorce system is not possible, as it represents a restriction of the right to divorce that is raised to the level of a constitutional right.

Social control of divorces today could be, possibly, manifested in the form of prolonging the divorce for a certain period of time, or through the standardization of the reflection period, as the obligatory phase of divorce procedure by the agreement the spouses, if they have joint minor children, which is in accordance with the Principles of European Family Law.³³ With the reflection period the spouses would

³³ According to Principle 1:5, if the spouses have common children under 16 years of age and if they have reached an agreement on the consequences of divorce, the reflection period should last for 3 months. However, if the spouses have children under the age of 16, and have not reached the agreement on the consequences of divorce, the reflection period is extended, so that it has to last for 6 months. The period of reflection is also necessary if the spouses do not have children under the age of 16, but they have not been able to regulate the legal consequences of divorce. Then the reflection period should last 3 months. The period of reflection is not necessary, only in situations where the spouses have no children under the age of 16 years and they have regulated all the

be able to once again think about the justification of divorce, as well as to reexamine the agreement on the divorce consequences in order to find the optimal solutions, although it is extremely questionable whether and to what extent this instrument can be education alto spouses and if it can affect the decrease of the divorce rate in our society.

Divorce by mutual consent is also present in the Macedonian law as a way of terminating a marriage. The Family Law of the Republic of Macedonia standardizes divorce on joint petition of spouses as the first cause of divorce.³⁴ Spouses should express the consent for divorce in the petition for divorce on the basis of mutual consent.³⁵ Therefore, the procedure is initiated by the petition for divorce by mutual consent, and the court decides on it. If the spouses do not have joint minor children, divorce by mutual agreement is possible without any additional conditions. Otherwise, consensual divorce is conditioned by reaching and filing the agreement on exercising the parental rights and duties and on maintenance and upbringing of the common minor children. This agreement must be explicit, clear and must regulate all matters concerning children. The agreement is to be submitted in writing or orally on the record before the court. The agreement on children is subject to judicial control. Specifically, the court is obliged to examine the conformity of the agreement with the child's best interests. Spouses are obliged to reach the agreement on the manner of exercising parental rights even if they have children of age under whom they have extended parental rights. In a divorce proceeding instituted by a petition for divorce by mutual consent, the court does not examine the specific reasons that led to the disorder of marital relations and the inability to have community life. Thus, the spouses are not required to include these reasons in the petition for divorce by mutual consent, i.e. they are not obliged to meet the court with reasons that motivated them

consequences of termination of marriage. In addition, the reflection period loses its significance if the spouses before initiating divorce procedure, have lived apart for at least 6 months. The integral text on Principles available on: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>, access on August 08, 2015.

³⁴ See art. 39 Family Act of the FYR Macedonia (Законот за семејството на Република Македонија), "Службен весник на Република Македонија", No. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012 and 38/2014.

³⁵ In addition to consensual divorce, Macedonian legislator standardizes also divorce at the request of a spouse if the marital relations are disturbed to the extent that life together has become intolerable (Art. 40 of Family Act of Macedonia), as well as in divorce when the actual termination of marriage exceeds duration of more than one year (Art. 41 of Family Act of Macedonia). More on these divorce causes: Спировик-Трпеновска, Љ., Мицковиќ, Д., Ристов, А., *Семејно право*, Скопје, Блесок, 2013, pp. 140-142.

to initiate divorce. The court will make a decision on divorce on the basis of their mutual agreement if it finds that the consent was given freely, seriously and steadfastly.

Epilogue

Since the very concept of modern family assumes a higher level of social provision and protection of man, first of all owing to a variety of measures of social welfare, whose spectrum, however, depends on the economic power of a particular country, spouses increasingly and without hesitation resort to divorce, when marriage no longer contributes to their personal happiness. Therefore, a successful and lasting marriage in modern society is increasingly becoming a true rarity, especially in the so-called affluent countries.

On the other hand, it is in the nature and psychology of human kind to strive for certainty, and marriage, as for centuries tested model of life for man and woman, provides this type of security. In fact, the man of today is in the field of marriage and family in a kind of limbo, torn between the desire for a stable marriage which will fully satisfy the deepest emotional needs, and difficulties encountered on the way to achieve these desires, which often question the value of marriage and family.

As a type of divorce where the spouses' mutual consent has the dominant role in termination of marriage, divorce by consent was in a longer period of time labeled as the cause of uncontrolled increase in the number of divorces and was stigmatized as the enemy of the stability of marriage and family. Therefore, there was an ambivalent attitude to this type of divorce, so that it was not present in all historical periods and in all divorce systems. However, spouses always sought ways, often on the edge of law, to divorce by agreement, without stating the specific reasons that led to the disorder of marital relations, and thus to maintain their privacy away from the public eye.

Thanks to numerous benefits of this type of marriage termination, divorce by consent gained its full recognition in the twentieth century, and today it is very popular in divorce practice and is slowly becoming the dominant mode of marriage termination in the modern world.

REFERENCES

- Bobić, M., "Tranzicija bračnog partnerstva - primer naselja Beograd", *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, No.110-111/2001.
- Bürgerliches Gesetzbuch (the German Civil Code), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>, access on August 8, 2015.
- Burgerlijk Wetboek (the Dutch Civil Code), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl, access on August 8, 2015.
- Code civil (the French Civil Code), <http://www.legifrance.gouv.fr>, access on August 8, 2015.
- Código Civil Português (the Portuguese Civil Code), <http://www.confap.pt/docs/codecivil.pdf>, access on August 8, 2015.
- Gerechtelijk Wetboek, (The Belgian Civil Code), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl, access on August 8, 2015.
- The Greek Civil Code, English translation by Constantin Taliadoros, Edited by Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000.
- Hausheer, H., Geiser, T., Aebi-Müller, R. E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007.
- Kitanović, T., "Razvod braka u savremenom svetu", *Pravo i društvena stvarnost*, P. Stojanović, (ed.), Kosovska Mitrovica, The Faculty of Law in Pristina temporarily situated in Kosovska Mitrovica, 2014.
- Kovaček-Stanić, G., *Uporedno porodično pravo*, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2002.
- Krause, H. D., "Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all", *Deutsches und Europäisches Familienrecht*, Vol. 2, No. 4/2000.
- Micković, D., *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Скопје, Блесок, 2008.
- Mladenović, M., *Razvod braka i uzroci za razvod braka*, Beograd, Rad, 1974.
- Serbian Family Act, "Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 18/2005 and 72/2011.
- Preliminary Draft of Serbian Civil Code, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, access on August 8, 2015.
- Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>, access on August 8, August 2015.
- Schwab, D., *Familienrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2008.

- Семеен кодекс на Република България (the Family Code of Bulgaria), <http://www.lex.bg/bg/laws/doc/2135637484>, access on August 8, 2015.
- Семейный кодекс Российской Федерации (the Family Code of Russia), <http://www.zakonrf.info/sk/>, access on August 8, 2015.
- Shaw-Spath, K., "Why Covenant Marriage May prove Effective as a Response to the Culture of Divorce", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002.
- Спировик-Трпеновска, Љ., Мицковиќ, Д., Ристов, А., *Семејно право*, Скопје, Блесок, 2013.
- Standley, K., *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008.
- Thomson, J., *Family Law in Scotland*, Tottel Publishing Ltd, Edinburgh, 2006.
- The Constitution of the Republic of Serbia "Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 98/2006.
- Wardle, L., "Institutionalizing Marriage Reforms Trough Federalism", *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century - An Agenda for Strengthening Marriage*, A. J. Hawkins, L. Wardle, D. O. Coolidge (eds.), Westport, CT: Praeger, 2002.
- Законот за семејството на Република Македонија, "Службен весник на Република Македонија", No. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012, 38/2014 (the Family Code of the FYR Macedonia, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012, 38/2014).
- Zivilgesetzbuch (the Swiss Civil Code), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html>, access on August 8, 2015.
- Zivilprozessordnung (the German Code of Civil Procedure), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>, access on August 8, 2015.

ДОГОВОРЕН ИМОТЕН РЕЖИМ НА БРАЧНИТЕ ДРУГАРИ – СПОРЕДБЕН ПРЕГЛЕД

Емине Зендели

Доц. д-р, Правен факултет, Универзитет на Југоисточна Европа, Македонија

е-mail: e.zendeli@seeu.edu.mk

Нагип Зендели

М-р, Правен факултет, Универзитет на Југоисточна Европа, Македонија

THE CONTRACTED PROPERTY REGIME OF THE SPOUSES - COMPARATIVE OVERVIEW

Emine Zendeli

Doc. Dr., Faculty of Law, South East European University, Macedonia

е-mail: e.zendeli@seeu.edu.mk

Nagip Zendeli

Mr.sc., Faculty of Law, South East European University, Macedonia

Abstract

Property relationships among spouses in the judicial system of Republic of Macedonia are regulated by imperative norms, which are comprised in the Property Law and other laws (2001). According to the provisions of the aforesaid law, the spouses of RM are compliant with this obligatory regime, by not having other alternatives for regulating their property relationships.

In the comparative law jurisdiction, there is enough free contracting space for spouses. Thus, apart from the obligatory legal regime, these judicial systems have incorporated the opportunity for a binding contract of the property regime of spouses. This means getting a prenuptial agreement as a formal alternative basis for regulating their property relationships.

Taking into consideration the fact that RM has also accepted the model of market economy and as a consequence has deployed the main

principles according to which this model functions and amongst which the most important principle is the one of freedom of contract, this principle should be reflected in the property relationships of spouses. In this regard, the aim of this article is to raise the awareness of the legislator in RM to make more room for the autonomy of spouses' own volition regarding the regulation of their property relationships, thus, to evaluate justly and in a timely manner the necessity of reaching a verdict of the contracting property regime of spouses.

Keywords: *Property relationships, spouses, contracting regime*

Вовед

Правилното функционирање на брачната заедница, односно, дилемата поврзана со имотно-правната позиција на брачните другари во бракот во поглед на создавање, управување и делба на имотните вредности, кои се јавуваат како резултат на заедничкиот живот на брачните другари е решен со помош на институтот на имотниот режим на брачните другари. Со терминот имотен режим на брачните другари се подразбира збир на правни норми со кои се регулираат имотните односи кои се воспоставуваат помеѓу брачните другари и имотните односи кои се воспоставуваат помеѓу брачните другари и третите лица.

Гледано од историски и компаративен аспект, брачното имотно право признавал две имотни режими на брачните другари: законскиот имотен режим и договорениот имотен режим.

Во законодавствата кои го познаваат само законскиот имотен режим, значи, законодавствата кои не предвидуваат договорен имотен режим на имотните односи на брачните другари, брачните другари имаат само едно решение. Тие се принудени да подлежат на режимот утврден со закон, и нивните имотно-правни односи да ги регулираат според законскиот имотен режимот, без да имаат право со договор да се согласуваат за некој друг алтернативен режим.

Во повеќето европски законодавства освен законскиот имотен режим е предвиден и договорен имотен режим на брачните другари (Германија, Франција, Австрија, Швајцарија, Белгија, Холандија, итн), а со новите измени на семејните законодавства овој режим е предвиден во повеќето држави од

поранешниот социјалистички камп (Република Хрватска, Србија, Црна Гора, Албанија и др.).¹ Овие законодавства имаат обезбедено широк простор на слободата на договарањето, во чии рамки брачните другари со брачен договор ја изјавуваат својата слободна волја, односно, го ограничуваат или целосно го избегнуваат примената на законските одредби кои ги регулираат имотните односи.

Актуелната правна рамка во Република Македонија на брачните другари им го нуди само законскиот имотен режим, кој не остава многу простор за слободната волја на брачните другари. Согласно со одредбите на Законот за сопственост и други стварни права имотот на брачните другари може да биде посебен и заеднички, додека брачните другари можат да се договараат само во врска со неговото управување и располагање.²

Брачниот договор е еден од најконтраверзните договори во семејното право, а и во правото воопшто. Дилемата во однос на можноста за вклучување на брачниот договор во позитивното законодавство е една од најважните прашања кои се покренуваат во случај на реформирање на семејното право во Република Македонија. Брачниот договор се оспорува од голем број на автори, кои сметаат дека тој не одговара на правната природа на бракот, додека, од друга страна, постои уште една група автори, кои го поддржуваат брачниот договор, како една можност за изјавување на слободната волја на брачните другари.³

Склучувањето на брачниот договор во праксата на земјите кои имаат стекнато искуство во примената на брачниот договор, гледано од правен аспект посочија неколку приоритети:

- Со склучувањето на брачниот договор, сопружниците избегнуваат судски постапки кои што не се само долги, туку и многу тешки, особено, кога се

¹Art. 1387-1399, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre II, Premiere parti; Art. 1277-1266, ABGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002; Art.1408-1563, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003; Art. 182-195, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5.Dezember 2008); Čl. 255-257, Obiteljski zakon „Narodne novine RH”, br.116/2003; Porodični zakon "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, čl. 188; Neni 108 -120, Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.

²Член. 70, ст. 1, Закон за сопственост и други стварни права („Службен весник на РМ”, бр.18/2001“).

³Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Реформите во наследното и семејното право и ингеренциите на нотарите, Нотариус, бр.19, Скопје, 2011, стр.78.

има во предвид и фактот дека на крајот на постапката најмалку едната странка останува незадоволна;

- Со склучувањето на брачниот договор се избегнуваат високите трошоци и и се чува вредноста на имотот на сопружниците;
- Дискусиите кои се развиваат во врска со имотните односи ја поттикнуваат транспарентноста и довербата меѓу идните брачни другари;
- Фактот што имотно-правните односи се регулирани со брачен договор може да го намали бројот на конфликти по престанокот на бракот и да влијае на мирна делба;
- Брачниот договор помага и на правната сигурност, јасност во меѓусебните односи на брачните другари, пред се оние имотни, а потоа и личните.⁴

Во поширока смисла на зборот, брачниот договор е инструмент за унапредување на општата правна положба на брачните другари, бидејќи во оваа насока сопружниците имаат можност да преговарат во однос на нивната имотно – правна позиција, прифаќајќи го тој модалитет на договорениот режим кој одговара на специфичностите на нивната фактичка ситуација.

Сепак, не секогаш се ставаат во предвид приоритетите на брачниот договор, тој продолжува да биде еден од најдискутираните договори. Во некои општества, брачниот договор се уште не се гледа со оптимизам (на пример во Република Македонија). Во однос на ова, некои автори сметаат дека склучувањето на брачниот договор за регулирање на имотните односи на брачните другари, ќе фрли нов поглед на бракот, и ќе му даде карактер на исклучиво материјална заедница.⁵ Според други автори, брачните договори претставуваат чисто технички акти без минимум морал, а во меѓувреме сметаат дека бракот треба да се темели на почитување и заемна доверба, и во случај на евентуален развод поделбата на имотот треба да се прави на цивилизиран начин, а не да биде обврзан со таков договор. Има и автори кои сметаат дека во еден силен брак нема место за брачен договор, бидејќи слободата на договарањето влијае на ослабување на бракот. Ваквите ставови се аргументираат, наводно, со недостатокот на брачните договори во општествата каде што постоеле силни бракови, и со нивниот брз развој во слабите брачни заедници. Ваквите ставови се израз на патријархалната доктрина за силните бракови под раководство на мажот. Според новите сфаќања за бракот, за силен брак не се смета оној брак кој е основан врз моќта на мажот и на подреденост

⁴Alinčić Mira, Hrabar Dubravka, Lozić-Jakovac, Dijana, Korać Aleksandra, *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006, стр. 512.

⁵Majstorović Irena, *Bračni ugovor*, Zagreb, 2005. стр.169.

на жената, бидејќи тие се во спротивност со вистинската природа на бракот и со принципот на еднаквост меѓу брачните другари, промовиран во Уставот и во позитивните закони на Република Македонија.⁶

Можноста за склучување на брачниот договор и избегнувањето од примената на законскиот имотен режим, може да не биде од интерес за одредена категорија на брачните другари, кои сметаат дека ова избегнување, ја носи суштината на брачните односи од лични (емотивни) во имотни односи, и со ова како да и претходи (претпоставува) на престанокот на бракот. Брачните другари може да не се мотивирани за склучување на брачен договор, пред се затоа што тие сметаат дека имотот што го имаат во времето на склучувањето на бракот е заштитен со поставување на истиот во посебен имот на брачниот другар, што значи дека секој од нив го чува полното право на управување и располагање со имотот, кој го поседувал во времето на склучување на бракот и имотот кој го добил за време на бракот преку правни работи без надоместок (подарок, тестамент или легат). По исклучок, во посебниот имот се опфатени и предметите кои служат исклучиво за задоволување на личните потреби на едниот брачен другар, иако истите се стекнати со труд во текот на бракот. Додека во однос на имотот стекнат со труд во текот на траењето на брачната заедница, општо е прифатен ставот дека како израз на економската врска во семејството ќе се смета како заеднички имот и ќе им припаѓа на двата брачни другари.⁷

Меѓутоа, во праксата се поголем е бројот на граѓаните кои вршат дејности со високи финансиски ефекти, и истите би биле заинтересирани да нивните имотно-правни односи ги регулираат различно од тоа што предвидува законскиот императивен режим, на пример, ако еден од брачните другари врши некоја дејност со финансиска опасност, би било добро да се договори режим на посебен имот, така што, во случај на евентуална одговорност на брачниот другар, да одговара само со својот посебен имот. Тргувајќи од тоа, брачниот договор во секој случај не треба да се гледа како чин кој на брачните односи им дава материјален карактер, но треба да се третира како чин на изразување на полна слобода на сопружниците во уредувањето на нивните имотни односи. Договорното уредување на имотните односи на брачните другари во современото општество, каде што економската врска помеѓу брачните другари е се послаба, затоа што двајцата сопружници вршаат

⁶Член 9, Устав на Република Македонија; Член. 6, Закон за семејството, („Службен весник на РМ”), бр.80/92“).

⁷Член. 75, ст. 2, Закон за сопственост и други стварни права („Службен весник на РМ”, бр.18/2001“).

дејности со финансиски ефекти, јасно зборува за нивото на еманципација на сопружниците и степенот на демократизација на односите помеѓу нив, како и за демократизацијата на општеството во целина.⁸

Во компаративното право, договорениот имотен режим има широк дофат.⁹ Згора на тоа, и правните системи на оние земји кои порано познавале имотен режим сличен на имотниот режим на брачните другари утврден од страна на Законот за сопственост и други стварни права (2001) на Република Македонија, кој е основан на обврзувачкиот карактер на законскиот имотен режим, веќе одамна е напуштен (сите единици на поранешната југословенска федерација, со исклучок на Република Македонија и Република Косово). Така, на пример, право да склучуваат брачен договор за регулирање на нивните имотни односи имаат словенечките сопружници,¹⁰ хрватските сопружници, кои, уште од 1989 година можеа да се договараат за да личниот доход на секој од нив да се смета како посебен имот, додека со Законот за семејството (2003),¹¹ се стекнаа со поширок простор на слободата на договорно регулирање на нивните имотни односи. И албанското право, имено, во Семејниот законик (2003),¹² покрај законскиот имотен режим има предвидено и договорен имотен режим, односно, можност за договарање на имотен режим од страна на сопружниците. Српското право, до неодамна, гледаше со доза на скептицизам на можноста на договарање на имотните односи на брачните другари, што несомнено е изразена од правната теорија. Сепак, пристапот на економскиот систем на условите на пазарна економија, доведе до ослабување на законскиот

⁸Во однос на фактот колку нашето општество е свесна за можноста на склучување на брачниот договор во месец мај 2014 со студентите од втора и трета година од Правниот факултет при ЈИЕУ е реализирана една анкета. Од 121 анкетирани студенти 48% се изјаснија дека: почнувајќи од контекстот на порастот на бројот на разведените бракови и имотните поледици што следуваат, би биле заинтересирани за склучување на брачен договор, 36% од студентите се изјаснија против, со образложение дека брачниот договор е спротивен со правната природа на бракот и 16% од студентите немаа коментар.

⁹ Во САД, во периодот од 1978 до 1988 година, бројот на брачните договори се зголемил за три пати. Се проценува дека 5 % од сите брачни парови склучуваат брачен договор, а овој процент изнесува 20 % кај партнерите кои склучуваат нов брак по разводот на претходниот брак. Види. Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, Реформите во наследното и семејното право и ингеренциите на нотарите, стр. 81.

¹⁰Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih") - Uradni list SRS, št. 15/1976, 16/2004.

¹¹Obiteljski zakon „Narodne novine RH”, br.116/2003.

¹²Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.

имотен режим, па затоа со одредбите од Законот за семејството (2005), за прв пат е предвидена можноста на сопружниците да склучуваат брачен договор.¹³ Одредби за договорен имотен режим содржи и Законот за семејство на Босна и Херцеговина¹⁴ и Законот за семејство на Црна Гора.¹⁵

Во правните системи кои го познаваат договорениот имотен режим можноста за договорање на имотните односи под услови утврдени со закон имаат и вонбрачните другари. Вонбрачните другари, секако, нема да склучуваат брачен договор, но договор за регулирање на имотните односи, кој од содржински аспект во голема мера ќе биде во согласност со содржината на брачниот договор.¹⁶

1. Принципот на автономијата на волјата на сопружниците

Според правилата на договорениот имотен режим, брачните другари имаат можност со склучување на брачниот договор, да го избегнуваат законскиот имотен режим, а со тоа да го имплементираат принципот на автономија на волјата на странките за регулирање на нивните имотни односи.

Афирмирањето на принципот на автономија на волјата, создаде една нова димензија на слободата на брачните другари во смисла на регулирање на нивните имотно-правни односи. Според овој принцип, брачните другари имаат право нивните имотно-правни односи да ги регулираат на начин кој најмногу им одговара, избегнувајќи ги делумно или во целост законските норми.

Во правните системи, кои имаат богато искуство во кумулативната примена на законскиот имотен режим и договорениот имотен режим (Франција, Германија, Австрија, Белгија, Швајцарија, итн), но и во правните системи, кои неодамна го поддржаа овој систем, сопружниците со договор можат да се договарат во врска со различните модалитети за регулирање на нивните имотни односи. Така, во германското¹⁷ и швајцарското право¹⁸, брачните другари можат да се договарат нивниот имот да биде заеднички (gütergemeinschaft), или, и по склучувањето на бракот нивните имоти да

¹³Čl. 188Porodični zakon Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 18/2005).

¹⁴Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 35/05/).

¹⁵Porodicni zakon (Službeni list Republike Crne Gore, broj 1/2007").

¹⁶Majstorović Irena, *Bračni ugovor*, Zagreb 2005, стр.168.

¹⁷Art. 1414, 1415, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neueste Fassung, Köln, 2003.

¹⁸Art. 221-246 и art.247-251, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember 2008).

остануваат одвоени (*gütertrennung*). Во австриското право, сопружниците и покрај законскиот имотен режим на посебен имот, со договор можат да го поставуваат заедничкиот имотен режим, било како универзална заедница на имотот (*allgemeine gütergemeinschaft*) или како ограничена заедница на имотот (*beschränkte gütergemeinschaft*).¹⁹ Во француското право, брачните другари можат да го поставуваат режимот на: универзална заедница на имотот (*communauté universelle*), режимот на посебен имот (*separation de biens*), и режимот на додадена вредност (*participation aux acquets*).²⁰

Автономијата на волјата на брачните другари, во зависност од конкретниот систем вклучува еден потесен или поширок простор.

- Во германското право, автономијата на волјата на брачните другари се сфаќа како слободен простор на уредување на имотните односи со договор (*Freiraum*). Постојат три независни акти на брачните другари: правилата (*ordnungen*); одлуките (*beschlüsse*) и договорите (*Verträge*).²¹ Со терминот правила (*ordnungen*) се опфаќаат сите договори во однос на содржината на бракот, и се сметаат за "Устав на брак" (*Verfassung der Ehe*), како на пример договорите во врска со управувањето со заедничкото стопанство. Како одлуки се дефинираат актите со кои брачните другари се договараат за донесување на конкретни одлуки, на пример одлука во врска со станот или за искористување на постоечките финансиски средства. Третиот облик се договорите, во кои се изразува соработката на сопружниците во областа на имотот или работата, или кога станува збор за престанок на брачната заедница. Автономијата на волјата на брачните другари е ограничена во однос на неможноста на брачните другари како мериторно право за регулирање на нивните односи да избираат странско право (*verweisungsverbot*).²²
- Во австриското право автономијата на волјата на сопружниците е многу широка. Слободата на договорањето на имотните односи на брачните другари се гледа како резултат на проширувањето на приватно-правната автономија во целина. Сепак, се чини дека принципот на автономија на волјата на странките постепено го препушта местото на принципите, за кои сметаме дека треба да бидат квалитет на семејното право воопшто,

¹⁹Art. 1233, 1234, ABGB -Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002.

²⁰Art. 1526 и art. 1569-1581, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre II, Première partie, 2012,

²¹Art. 1356, abs. 1, art. 1361-a и art. 1365, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003,

²²Ibidem, art. 1409

пред се, солидарноста и заемна помош помеѓу сопружниците. Таков пример на ограничување на автономијата на волјата на брачните другари во интерес на принципот на солидарност и заемна помош помеѓу брачните другари е можноста за чување на правото на претстој во семејниот стан, кое е загарантирано со императивни норми, пример кој го наоѓаме во австриското право, но како ќе се констатира подоцна, и во неколку други права. Значи, иако, според австриското право сопружниците самостојно располагаат со нивниот посебен имот, сепак, од споменатото правило има исклучок. Така, доколку еден од брачните другари е сопственик на станот, во кој живее и другиот брачен другар, брачниот другар кој не е сопственик има право да бара од брачниот другар кој е сопственик на станот да не преземе активности со кои би го оневозможил остварувањето на неговите станбени потреби.²³

- Швајцарското право,²⁴ исто како германското и австриското, имотните односи на брачните другари ги воспоставува на принципот на автономија на волјата на странките. Исклучок од принципот на автономија на волјата на брачните другари и во швајцарското право е семејниот стан и правото да се откажат од семејниот стан, како когентни правила, кои се применуваат без оглед на законскиот режим. Со семејниот стан управуваат и располагаат сопружниците. Ниту еден од нив нема право, без изразена согласност на другиот да го отуѓува семејниот стан. Ако брачниот другар не може да обезбеди согласност од другиот брачен другар или другиот брачен другар без оправдани причини не дава согласност, тогаш може да одлучува судот. Изворниот концепт на оваа одредба се однесува на историската улога на мажот во семејството, како субјект на кого единствено му припаѓал правото на одлучување, сфаќање која се променил како резултат на општата општествена еманципација. Со правилото за заедничко управување и располагање со семејниот стан од страна на сопружниците, законодавецот првенствено му обезбедува правна заштита на бракот, односно, на семејството, а од друга страна го штити јавната безбедност. Со правото на напуштање на семејниот стан, го подразбираме правото на секој од сопружниците да го напушти семејниот стан, во секој случај кога од заедничкиот семеен живот сериозно е оштетена личноста, економската сигурност и благосостојбата на семејството.²⁵ Во теоријата таквото овластување е познато како (мал

²³Art. 92 и art. 97, ABGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002.

²⁴Art. 162, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Stand am 5. Dezember 2008).

²⁵Art. 175, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember 2008).

развод - *Kleine Scheidung*), а се сретнува кај лицата кои или не сакаат да се разведат или ова го гледаат како претходна фаза на разводот.²⁶

- Во Францускиот правен систем принципот на автономија на волјата на брачните другари е, исто така, изразен преку слободата на договарањето (*liberté des conventions matrimoniales*). Ова подразбира дека брачните другари можат слободно да избираат имотен режим. Од 1965 година, сопружниците се стекнаа со право веќе избраниот режим, под одредени услови да го менуваат. И во француското право принципот на автономија на волјата претрпе исклучок. Во ова насока со когентни правила се предвидени две случаи кои се применуваат без оглед на правниот режим, така што брачните другари немаат право да ги менуваат. Такви се: судската поделба на овластувањата и семејниот стан. Судската поделба на овластувањата доаѓа во предвид во две случаи: 1. Ако на еден од сопружниците му недостасува деловната способност, тогаш судот му назначува овластувања на другиот брачен другар 2. Вториот случај доаѓа во предвид, тогаш кога еден од сопружниците не се согласува со конкретната правна работа, бидејќи смета дека другиот брачен другар ги ставил во опасност интересите на семејството. Во овој случај, судот може да му забрани на брачниот другар да преземе правни дејствија, без согласност на другиот брачен другар. Што се однесува до семејниот стан, тој е ист со институтот на семејниот стан во австриското и швајцарското право, значи, и според француското право, со семејниот стан брачните другари можат да управуваат и да располагаат единствено заеднички.²⁷

2. Брачен договор (*pacta nuptialia*)

Брачниот договор (*pacta nuptialia*) е формален правен акт со кој брачните другари го определуваат нивниот брачен имотен режим пред или по склучувањето на бракот.

Повеќето од споредбените законодавства не го дефинираат поимот брачен договор, туку се задоволуваат со формулацијата "брачните другари имаат можност преку брачниот договор (*Ehervetrag*) да ги регулираат нивните имотни односи, особено, да ги поништуваат или изменуваат по склучувањето на бракот (германското право). На иста линија е определувањето на брачниот

²⁶Hellwig Otto Jörg, VS Verlag für Sozialwissenschaften | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2001, стр. 146.

²⁷Art 219, 215Code civil, Livre I, Titre V, Chapitre VI, Section 3, 2012.

договор во одредбите на Швајцарскиот граѓански законик, што укажува на тоа дека "брачниот договор може да се склучи пред или по склучувањето на бракот. Брачните другари можат да се определуваат за одреден режим, да го поништуваат истиот или да го изменуваат во рамките на границите утврдени со Закон".²⁸ Во правната теорија се соочуваат подлабоки дефиниции на брачниот договор. Така, според Жан Карбоние "брачниот договор е еден инструмент на разновидноста, изборот и потребата за мешање (модификација) помеѓу различните модели на имотните режими на брачните другари".²⁹

Во однос на именувањето на брачниот договор важно е да се напомене дека австрискиот законодавец го користи терминот (*Ehepact*- брачен пакт), а, не терминот (*Ehevertrag*³⁰ - брачен договор), кој се користи како правило во германското право и во швајцарскиот дел каде се употребува германскиот јазик. Ова се оправдува со фактот дека со *Ehevertrag*-брачен договор, во австриското право се регулираат личните односи (на пример, определување на презимето или на местото на живеење) помеѓу брачните другари, а со *Ehepakt*-брачен пакт се регулираат имотните односи (т.е. определување на режим на заедничка сопственост).

Во некои правни системи брачниот договор може да се склучи како пред така и после склучувањето на бракот (француското право, австриското право, хрватското право, швајцарското право³¹ и сл.) Во случаите кога брачниот договор се склучува пред склучувањето на бракот се именува како предбрачен договор. Во албанското право, право да склучуваат брачен договор имаат само идните брачни другари.³² Во овој случај, појавувањето на последиците на договорот зависат од одложниот услов, а овој услов е моментот на склучување на бракот. Ако случајно не дојде до склучување на бракот, предбрачниот договор не произведува никакви правни дејствија (француското право, австриското, хрватското, српското и др.) За разлика од претходно споменатите

²⁸Art. 182, abs. 1, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5.Dezember 2008).

²⁹CarbonierJean, Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Quadriage/Puf, Paris, 2004, стр 1262.

³⁰Art. 1217, ABGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002.

³¹Art.1393, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre I, Section I, 2012; Art. 1408, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003; Art. 1217, AGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002; Çl. 255, Obiteljski zakon „Narodne novine RH”, br.116/2003; Art. 182, abs. 1, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember2008)

³²Neni 108, Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003,

закони, во германското право брачниот договор може да се склучи само после склучувањето на бракот.

За склучувањето и полноважноста на брачниот договор важат општите правила за облигационите договори. Во принцип е дозволено договарањето со услов и со рок, како и можноста за склучување на предбрачен договор.

2.1 Способноста на страните за склучување на брачен договор

Брачниот договор се склучува врз основа на слободната и независна волја на сопружниците со деловна способност да дејствуваат, кои имаат способност за расудување, односно, да го разберат значењето и последиците од Договорот. Деловната способност се стекнува со наполниети 18 години од животот,³³ по исклучок, деловната способност може да се стекне и пред оваа возраст.³⁴

Ако верениците, кои сакаат да склучуваат брачен договор пред склучувањето на бракот имаат ограничена деловна способност, треба да бидат застапувани од законски застапник, каде што важат општите правила за застапување на малолетниците во имотно-правните односи.³⁵ Албанското право, односно, одредбите од Семејниот законик (2003), за овие ситуации предвидуваат друго решение. За да се заштитат интересите на малолетните лица во случај на склучување на брак на возраст под 18 години, Семејниот законик не дозволува договарање на имотниот режим, но предвидува применување на законскиот режим на имотна заедница, кој брачните другари можат да го менуваат само по стекнување на полнолетство.³⁶

Институтот на застапеност доаѓа до израз и тогаш, кога на едниот од брачните другари му е одземена деловната способност. Во тој случај брачниот договор ќе го склучува неговиот старател со претходна согласност од органот на старателство.³⁷

³³Art. 1303, abs.1, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003; Neni 7 al.1, Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003; Art.144, Code civil, Livre I, Titre V, Chapitre VI, Section 3, 2012,

³⁴Art. 1303, abs.1, 2, 3, 4, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003.

³⁵Art. 1411, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003.

³⁶Balili Arta Mandro, Meçaj Vjollca, Zaka Tefta, Fullani Arjana, E drejta familjare, Tiranë, 2006, fq. 325

³⁷Alinčić Mira, Hrabar Dubravka, Lozić – Jakovac, Dijana, Korać Aleksandra, vep. e cit. fq.510

2.2 Предмет на брачниот договор

Брачниот договор е сложен правен акт, кој пред се, има за цел да го определува финансискиот статус на идната економија на семејството, односно на имотно-правната положба на брачните другари во бракот. Преку брачниот договор се изразува слободата на брачните другари да го прифатат едниот од моделите кои ги нуди законот. Но, во брачниот договор брачните другари можат да предвидуваат и други услови, кои не се предвидени во закон, но не се против законот.

Брачните другари со договор можат да се согласат нивните имотни односи да ги адаптираат на нивните интереси. Можностите кои се на располагање на брачните другари зависат од важечкиот законски имотен режим, на пример:

- германските брачни другари, преку брачниот договор можат да го променат законскиот имотен режим на заедница на додадена вредност (*Zugewingemeinschaft*), и да се договараат за применување на субсидијарните системи: режимот на одвојување на добрата или режимот на заедница на добрата;³⁸
- австриските брачни другари можаат да го избегнуваат законскиот имотен режим на посебен имот и да се договараат за миразот, (*heiratsgut*), и до 2009 година и за утринскиот подарок (*morgengabe*) и др;³⁹
- швајцарските брачни другари имаат можност да утврдуваат што се се брои во посебниот имот, а што во стекнатиот имот, или да издвојат еден дел од стекнатиот имот и да го додаваат на посебниот имот на едниот од брачните другари или дури и да се договараат за приходите од посебниот имот да не бидат опфатени во стекнатиот имот итн.⁴⁰
- француските брачни другари имаат можност да ги променат правилата за управување и располагање со имотот и да се договараат како дел од стекнатиот имот да се сметаат и сите подвижни ствари.⁴¹

2.3 Форма на брачниот договор

За да биде полноважен и да произведува правни дејствија брачниот договор треба да има одредена форма и содржина.

³⁸Art. 1414, 1415, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln,

³⁹Art. 1218, 1232, ABGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2002.

⁴⁰Art. 199, abs.1, 2, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch(Stand am 5. Dezember2008).

⁴¹Art. 1497, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre I, Section I, 2012.

Брачниот договор треба да се склучува во писмена форма, во присуство на двајцата сопружници и со нивно потпишување пред нотар, односно, во форма на јавна исправа (*öffentlich beurkundet*).⁴² Писмена форма на јавна исправа на Договорот е потребна и во повеќето други земји кои го познаваат договорениот режим (француското право, швајцарското право, хрватското право, албанското право, и сл.⁴³). Во моментот на потпишувањето на Договорот, нотарот ќе им достави на странките Нотарски акт, кој го содржи полниот идентитет, адресата на идните брачни другари и датумот на склучување на Договорот. Нотарот е обврзан една копија на Договорот да го достави до надлежниот регистар на имотните договори на брачните другари (*Güterrechtsregister*), предводен од Основниот суд на чие подрачје е местото на живеење на барем еден од брачните другари (според германското право),⁴⁴ или во матичниот регистар (француско право,⁴⁵ албанско право).⁴⁶

Ставање на располагање на регистри за евиденција на имотните договори на брачните другари, кои имаат статус на јавен регистар, во правниот промет на повеќето земји кои го практикуваат договорениот имотен режим е наменета за да се заштитат интересите на трети лица. Третите лица, кои со добра намера се вклучуваат во имотни односи со едниот од брачните другари, често не се информирани, ниту се обврзани да бидат информирани дека е склучен брачен договор, кој ги изменил имотните односи помеѓу брачните другари. Затоа, пристапот во Регистарот дава можност за информирање во врска со имотниот режим на соговарачот.⁴⁷

Ако обата брачни другари, или еден од нив се трговци, или вршат трговска дејност, брачниот договор треба да го објавуваат во трговскиот регистар, од каде третите лица можат да се информираат за избраниот имотен режим, за границите на правото на застапување на брачните другари итн.⁴⁸

⁴²Art. 1410, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln.

⁴³Art. 1394, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre I, Section I, 2012, Art. 184ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember 2008; Çl. 255, st.3, Obiteljski zakon „Narodne novine RH”, br.116/2003; Heni 69, al.1, Kodi I familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.

⁴⁴Art. 1558, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003.

⁴⁵Art. 1394, Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre I, Section I, 2012.

⁴⁶Neni 69, al.3, Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.

⁴⁷Art. 1558, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003.

⁴⁸Ibidem, art. 71, abs. 1.

Формата, како услов за полноважноста на брачниот договор е предвидена заради правната сигурност, односно, заради комплексноста на проблемите кои се поврзани со изборот на еден имотен режим. Со формата како услов помага за заштита на интересите на брачните другари, заштита на интересите на трети лица, а се овозможува и полесно докажување во случај на евентуален спор помеѓу сопружниците, односно, во случај на постоење на долгови на едниот брачен другар кон трети лица.

Важно е да се напомене, дека не би било практично, квалификуван облик на брачен договор да се бара во секој случај на склучување на договор помеѓу брачните другари. Затоа, се предвидени и исклучоци во однос на договорите кои се склучуваат помеѓу брачните другари и се однесуваат на управувањето и располагањето со имотот. Поради олеснување на правниот промет, како и поради заштита на интересите на третите лица, во однос на работите на редовното управување со имотот, се претпоставува дека и другиот брачен другар се согласил со работата, освен ако не се докажува спротивното. Писмена форма на договор и заверка од страна на нотар, се бара само кај договорите со кои се утврдува имотниот режим, негови промени кои предвидени со закон, односно откажување од договорениот режим.⁴⁹

3. Изменување на брачниот договорен имотен режим

Во правните системи кои го применуваат договорениот имотен режим, брачните другари имаат можност избраниот имотен режим, под услови утврдени со закон, делумно или целосно да го изменат. Брачните другари се слободни, целосно да го изменат брачниот режим, на пример да го заменат режимот на заеднички имот со режимот на посебен имот, или обратно. Исто така, тие можат делумно да го изменуваат имотниот режим, на пример изменување на начинот на управување со имотот.⁵⁰

Во согласност со општите правила на облигационото право, странките имаат право да го изменат или да го раскинат договорот што го склучувале претходно, под услов со тоа да се согласат двете странки. Но, ова не важи за брачните другари, тие немаат право да го изменуваат имотниот режим само со согласност на нивната волја. Брачните другари имаат право да го изберат, да го променат, или да го исклучуваат имотниот режим, исклучиво во границите утврдени со Закон.⁵¹ Значи, принципот на непроменливост не е апсолутен, но,

⁴⁹Art. 1410, BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln.

⁵⁰Neni 72. al.1, Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.

⁵¹Art.182,abs .2, ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember2008).

сепак, за да може да дојде до изменување на договорот мора да бидат исполнети неколку услови. Семејниот законик на Албанија (2003) за изменување на договорот бара исполнување на неколку услови, и тоа: а) почитување на рокот, б) согласноста на волјата на брачните другари и в) на интересот на семејството.⁵²

- а) Брачните другари имаат право да го изменат имотниот режим само по истекот на две години, сметајќи од моментот на неговото договарање. Овој период им треба на брачните другари за да можат да оценат како функционира имотниот режим.
- б) имотниот режим може да се изменува само ако се постигне целосна согласност на волјата на брачните другари. Секој недостаток на волја (измама) предизвикува ништовност на договорот за изменување на имотниот режим. Согласувањето на волјата на странките треба да постои во времето на потпишувањето на договорот пред нотарот.
- в) освен рокот од две години и согласноста на волјата на брачните другари, семејниот закон, бара и постоење на интерес на семејството, што значи дека измената на имотниот режим ќе се направи само ако се оправда постоењето на интересот на семејството. Се смета дека измената на имотниот режим е во интерес на семејството, тогаш кога првичниот брачен режим се подобрува во интерес на семејството. Но, измената на имотниот режим, со волјата на сопружниците се прави и кога мотивот на оваа измена е да се заштитат интересите на семејството од потенцијална штета во иднина, на пример, за време на бракот доколку на мажот му е дадена можност за вршење на професија со голем финансиски ризик. Семеен интерес во овој случај ќе беше режимот на заедницата на имот да се замени со режим на посебен имот, така што одговорноста што може да дојде од финансиската дејност на еден брачен другар, да го погоди само неговиот посебен имот. Во некои правни системи, оценувањето на интересот го прават самите сопружници, додека кај другите се бара и одобрение од страна на судот. Судот го прави оценувањето на интересот на семејството во секој конкретен случај. И договорот за изменување на имотниот режим се склучува во писмена форма, пред нотар и се објавува во матичниот регистар. Во секој случај, направените измени треба да се објават и во трговскиот регистар ако еден или обата брачни другари вршат трговска дејност.⁵³

⁵²Neni 72. al. 1Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.,

⁵³ Balili Arta Mandro, Meçaj Vjollca, Zaka Tefta, Fullani Arjana, op. cit. стр. 331

БИБЛИОГРАФИЈА

- Alinčić Mira, Hrabar Dubravka, Lozić-Jakovac, Dijana, Korać Aleksandra
Obiteljsko pravo, Zagreb, 2006.
- Balili Arta Mandro, Meçaj Vjollca, Zaka Tefta, Fullani Arjana, E drejta
familijare, Tiranë, 2006.
- Carbonier Jean, Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le
cople, Quadriage/Puf, Paris, 2004.
- Hellwig Otto Jörg, Kleine Scheidung, VS Verlag für Sozialwissenschaften Springer
Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2001.
- Majstorović Irena, Bračni ugovor, Zagreb 2005.
- Мицковиќ Дејан Ристов Ангел, Реформите во наследното и семејното право и
ингеренците на нотарите, Нотариус, бр.19, Скопје, 2011.
- Mladenović Marko, Porodično pravo, Beograd, 1981.
- Code civil, Livre III, Titre V, Chapitre II, Premiere partie, 2012.
- ABGB-Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 2007.
- BGB-Bürgerlicher Gesetzbuch, Neuste Fassung, Köln, 2003.
- ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand am 5. Dezember 2008).
- Obiteljski zakon „Narodne novine RH”, br.116/2003.
- Kodi i familjes, Fletorja zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr.49, 2003.
- Porodični zakon Republike Srbije (Sluzhbeni glasnik RS, br. 18/2005).
- Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH,
br. 35/05).
- Porodicni zakon (Službeni list Republike Crne Gore", br. 1/2007).
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih („Uradni list SRS, št. 15/1976“)
16/2004.
- Устав на Република Македонија, 1991.
- Закон за сопственост и други стварни права („Службен весник на РМ”
бр.18/2001).
- Закон за семејството („Службен весник на РМ” бр.80/92).

ROLE OF STOCK EXCHANGE AND SECURITIES IN ACTIVITY OF LISTED JOINT STOCK COMPANIES

Edi Spaho

Asoc. Prof., European University of Tirana, Albania

e-mail: edispaho@yahoo.com

Abstract

Economic market securities and stock exchange are part of the financial market and means the market for debt instruments and capital, together with all the relevant financial structure, which enables the effective and successful functioning of it. Stock exchange is frequently associated with the capital market, as an expression of equivalence, with the exception of certain cases where securities trading platform attached to capital and money market it. The mission of any stock exchange is the organization and development of the securities market, creating and providing favorable conditions and facilities for issuers, investors and financial intermediaries for more efficient use of it. Having extensive purposes and different owners, companies generally tend to improve their standards of management and efficiency to satisfy the demands of these shareholders and stricter rules for public corporations imposed by stock exchanges and governments. Consequently, it is thought that public companies, which are in possession of shareholders who are members of the general public and trade shares on public stock exchanges tend to have a better management of private companies, whose shares are not traded publicly but they are owned by the founders, by their families and heirs, or otherwise by a small group of investors.

The future of trade appears to electronic titles, as well as competition increases continuously between traditional specialized system of New York Stock Exchange and Electronic Communication Network, ECN. Electronic Communication Network aims to speed the execution of large blocks of trades, while the system of specialists cited the role of specialists in maintaining regular markets, especially in exceptional circumstances or for specific types of orders. ECN shall compete with a profit of great interest at the expense of investors even more common exchanges. System based on machinery is claimed to be much more efficient because it increases the speed of execution mechanism and eliminates the need to make arrangements through a broker.

Keywords: *Stock Exchange securities, securities market, joint stock company, treasure bonds, bonds.*

1. Role of stock exchange

1.1 The positioning/the place of the securities stock exchange in the economic market

The stock exchange economic market is part of the financial market and shall mean the capital and debt instruments market, along the entire respective financial structure that enables its effective and successful functioning.

The stock exchange as per the maturity deadlines of instruments marketed in it shall be divided into:

- **Currency market** – in which instruments with a maturity deadline of up to one year shall be marketed as well as their entire relevant by-products. The most distinguished instruments of this market are currency (in cash) and government titles (treasure bonds). This market shall serve its participants in accomplishing and adapting their relevant needs on liquidities;
- **Capital market** – in which mid-term and long-term instruments at a maturity deadline of up to over a year, are marketed. Instruments marketed in this market shall be shares, bonds (governmental and private), as well as entire by-product (derivate) titles related to them. This market shall create possibilities and assist its participants in order to generate real economic assets/wealth.¹

The securities stock exchange shall often be identified with the capital market, as means of expression of equivalence, with the exception of respective cases, in which the currency market platform shall be attached to platform of the capital titles market.

1.2 The Mission of Securities Stock Exchange

The mission of any securities stock exchange is to organize and develop the securities stock exchange, thus creating and providing favourable conditions and facilitations for the issuers, governments and the business companies with quotas, investors and financial intermediaries, for a more efficient utilization. The purposes of stock exchanges in economy may be multiple, but the most important ones are the following:

a) Increase of capital for businesses

¹ John M. Dalton, “How The Stock Market Works”, fq.27.

The market provides to companies opportunities for an increase of capital by means of the sale of shares to the public with an interest in investing.

b) Sets in motion the savings for investments

When people use their savings to invest in shares, this brings about a more rational allocation of resources as the funds, that are either consumed, or stored in saving deposits in banks, are set in motion and readdressed towards promoting business activities beneficial to various sectors of the economy such as agriculture, commerce and industry, thus bringing about a high level of economic growth and high levels of companies' productivity.

c) Facilitations in growth of companies

Companies see purchases as an opportunity to expand the production line, to increase the distribution networks, to prevent instability, growth of the shares market, or the purchase of other necessary business activities. An engulfing offer or a joint agreement in the title market is one of the easiest and common ways for a company that grows through purchasing or merging.²

d) Redistribution of assets

Stock exchanges were not created to redistribute assets. However, both types of title investors, casual and professionals, through growth of dividends and prices/cost of shares that may result from capital profits, conduct the redistribution of assets.

e) Corporate management

Having a wide and various ranges of purposes coming from their owners, companies usually attempt to improve their management's standards and efficiency in order to please the demands of these types of shareholders and of the strictest rules for public corporations established by stock exchange and governments. As a result, it is believed that public companies, which are owned by shareholders that are in general members of the public and sell shares in public stock exchange markets, attempt at having a better management compared to the private companies, the shares of which ones are not sold in public, but that are under the ownership of their founders, from their family members and heirs, or otherwise from a small group of investors. However, there are

² David Brown and Kassandra Bentley, "All About Stock Market Strategies : The Easy Way To Get Started", fq.142.

documented/reported cases of bad corporate management on the part of several public companies. Such are the cases of the online company development or otherwise called dot-com companies, in early 2000 and the first crisis on mortgages in years 2007-2008, are the classic example of bad management in companies. Such companies as Pets.com (2000), Ernon Corporate (2001), One. Tel (2001), Sunbeam (2001), Webvan (2001), Adelphia (2002), MCI WorldCom (2002), Parmalat (2003), Fannie Mae (2008), Freddie Mac (2008), Lehman Brothers (2008), were during this time, the typical example of such a phenomena.

f) Creating investment possibilities for small investors

Contrary to other businesses that require the signing of great capital, investment in shares is opened to both types of big or small investors because one person buys as much shares as can afford. Therefore, the stock exchange provides to the small investors the opportunity to own shares of the companies same as the big investors.

g) Growth of government capital for development projects

Various governments may decide to get loans in order to finance projects of infrastructure such as: works in sewage treatment and drinking water or real estate by selling a different category of titles known as bonds.³

These bonds may be marketed in stock exchange, by means of which the members of the public can purchase them, by giving loans to the government. The security of these bonds may prevent the need to immediately apply tax on the individuals, therefore to finance development, although by obtaining such bonds, may result in either the government taxing it on the citizens or otherwise release additional capital in order to make every regular coupon payment and return the funds when the bonds mature.

h) Economy Barometer

In stock market, share prices go up and down depending a great deal on the market strength. The prices of shares tend to grow or be stable when companies and the economy in general give signs of stability and growth. A slump or decline in economy, depression, or financial crisis will lead to a slump in the market. As a result, the fluctuation in share prices and in general in indexes may be an indicator of the general tendency in economy.

³ Id.fq.83.

1.3 Necessary listing demands

The necessary listing demands are a set of conditions established by a stock exchange given on companies that want to enlist or enrol in the given stock exchange. These conditions sometimes involve a minimum number of shares issued, a minimum market capitalization and minimum annual revenues. In order to have their own titles listed and marketed in the stock exchange, companies must meet the demands of the stock exchange, although these demands differ from one stock exchange to another:

- **London Stock Exchange:** The main London Stock Exchange Market has a demand on minimum market capitalization of £700.000, audited financial statements of the last 3 years, a minimum capital turnover of 25% and a sufficient work capital for at least the last 12 months as of the date of listing.
- **NASDAQ Stock Exchange:** In order to be listed in NASDAQ, a company must have issued at least \$1.25 Million in shares of titles at a value of at least \$70 Million and should have earned more than \$11 Million in revenues within the last 3 years.⁴
- **New York Stock Exchange:** In order to be listed in the New York Stock Exchange (NYSE), a company must have issued at least \$1 Million of title shares at a value of \$100 Million and to have earned more than \$10 Million in revenues within the last three years.
- **Mumbai Stock Exchange (BSE):** Has demands of a minimum market capitalization of Rupees 250 Million and a capital turnover equivalent to Rupees 100 Million.

1.4 Ownership

Stock Exchanges that have origins in the joint organizations are under the ownership of their stock exchange brokers. Recently there has been a tendency in stock exchanges, where members sell their shares at an initial public offer. In this way, a joint organization becomes a corporate, with shares that get listed in stock exchange. Such examples are the Stock Exchange of Australia (1998), Euronext (merged with the New York Stock Exchange), NASDAQ (2002), New York Stock Exchange (2005), Stock Exchange of Spain and the Sao Paulo Stock Exchange

⁴ Richard J. Tewels and Edward S. Barbley, "The Stock Market" (Wiley Investment).
Kapitulli i Kërkesave për Listim.

(2007). The Shenzhen and Shanghai Stock Exchange may be characterized as the most complete institutions because they were established by government institutions in China and their management personnel and staffs was directly assigned by the Title Regulation Committee in China.

1.5 The future of Stock Exchange

The future of the title trade seems to be electronic, such as the competition continuously growing through the specialized traditional system of the New York Stock Exchange and the Electronic Communication Network, ECN. ECN aims at speeding up the execution of big trading blocks, while the system of specialists quotes the role of the specialists in keeping the markets in order, in particular when under extreme conditions or for special types of orders.⁵

The ECN competes with a revenue/profit at high interest at the cost of the investors, even at the most ordinary stock exchanges. The machinery based system; they claim, are a lot more efficient, because it accelerates the speed of the execution mechanism and thus eliminates the need to make agreements through a broker/mediator.

Historically, the “market” has been slow in responding to technological renovations, thus allowing for clear speculations to grow. The change of all actions into electronic trade may eliminate the profits of flat traders and of the NYSE, called “the upper traders”, whom only in September and October 2008 profited billions of dollars by selling shares they did not possess and days later they bought the same amount of shares, but maybe 15% cheaper, so that the buyers of these shares could hold on to these shares, thus causing for a big drop/slump in the market.

1.6 Price Setting and Trading

In the American stock exchanges, for example, prices are given to titles and then later on are quoted in dollars and cents. The price Ask is the price at which a share can be purchased. The price Bid is the price at which a share can be sold. The difference between the price Bid and Ask is called Distribution. People often refer to this distribution as the profit a stock exchange broker or a trader makes during a buy-sell process and almost each commission is paid by the client.

When it comes to trading, a company, whose titles are traded in an international stock exchange market, usually it has a lower price distribution among Bid and Ask prices. On the other hand, a company that is located in OTC will have a larger

⁵ Mark R. Conway and Aaron N. Behle, “Professional Stock Trading: System Design and Automation“, fq 93.

distribution. For example, the distribution under a recent times price quoted over the regular listed shares at the NYSE of AT&T Company was at \$44.50 - \$44.75, whereas the distribution at a recent times price quoted for Microsoft, that trades shares in the OTC, was at \$87.25 - \$88.50.⁶

The size of distribution is directly related to the level of liquidities for that particular title in the market. The quantity of available trading titles is also a main factor. For example, a new company may issue in the market two million regular shares and trade them at NASDAQ. The traders would consider this amount as a small matter, because it is not a big amount of shares being traded, which comes as a result of limited liquidities. On the contrary, a powerful company such as Monsanto, which trades its titles in NYSE, may already have a billion shares available for trading. Due to the popularity of a main company held by institutional investors, their shares are traded more often, making it more liquid. In conclusion, the more shares are available for investors to buy and sell, the more efficient prices will have the titles owned.

In addition, each company that owns titles holds a symbol, or uses letters to identify its titles. These symbols make trading easier for the buyers, sellers, and the market makers. For example, the symbol for AT&T is T; the symbol for Microsoft is MSFT; and the symbol for Monsanto is MTC. The people who look at the teleprompter, an electronic results table that registers trading activity, may demand and identify their title with their respective symbol.⁷

1.7 How and why are titles traded?

It is important for us to know the current trend of market activity in the various terms used at Wall Street. An Ari market is a market in which prices for a period of time are dropping. Generally speaking, when prices drop by 20% from the previous raise, we should consider ourselves in that market type where there are more buyers and sellers of titles. On the contrary, a Dem market occurs when prices are rising for a long period of time. Investors are more optimistic for a development/conduct of a Dem market and are more willing to buy titles, which takes prices to a higher level.

The perception that at times we are either in an Ari or Dem market is based on the decisions of each individual investor. Those who have currency in cash and wish to buy titles, feel optimistic for the future and are sure to make more money by holding onto this type of title. On the contrary, those who need to use money for other purposes, either feel pessimistic about the possibility of making money by means of titles or would not want to hold on to a title which they know will drop in value.

⁶ John Allen Paulos, "A Mathematician Plays The Stock Market", fq.142.

⁷ Id.fq.163.

Depending on whether the investors are situated in or out of the market in a specific time period, they may also win or lose money, along the course of the conduct of a market Dem or Ari.

Sometimes the market suffers an identity crisis and it becomes difficult to decide how to react in a Ari or Dem circumstance, or whether to act by secondary means. This may be very difficult to explain for the investors, in particular when the inflation is under control and there is no obvious obstacle/hindrance. But the perception of a slow growth in economy, high fuel prices and small profits of corporations will lower the faith of investors and will give a little prospect of an increase in title prices.

1.8 Initial Public Offers (IPO).

Depending on the type of the market in any given time period, companies may wish to offer shares to the public, in particular when obvious development is in course. When a new company wishes to increase its capital for enlargement and a long-term growth, it will get in contact with a bank investor. The function of this person is to assist the company's path in entering into agreements with investors in stock exchange for the first time and in exploring alternative financing resources in cases when a company wishes to increase its revenues.

For example, prior to a company issuing titles for the first time, the investing banker will examine several factors such as the general economic conditions, the market development in stock exchange and the company's financial state. Most importantly, potential investors wish to know about the history of acquiring the company and a view on the future/next success of its products prior to purchasing any new title. These and other factors help in setting the selling prices of new shares. This price is pre-set and is considered reasonable to attract new buyers.⁸

In the event the conditions are favourable for the marketing of new titles, the investing banker shall enter negotiations on an agreement by signing the matter of purchasing all the shares and afterwards selling them at a previously established price. For larger amounts of titles, other traders shall be invited to join the signing process so the risk is distributed. The concept is known also as a trade union, where all the firms together shall be contracted in order to sell to the investors the new shares at the established price.

⁸ Markus Heitkoetter, "The Complete Guide to Day Trading: A Practical Manual From a Professional Day Trading Coach", fq.72.

However, before a new amount of titles is sold, any potential buyer must take a prospect. This legal document is required by the Stock Exchange Committee (SEC) and contains essential facts about the company's financial conditions and actions in recent times. Reading the prospect, a potential investor may take a more accurate decision prior to invest money in title purchasing.

Whoever is financially able to take part in the ownership of a company by means of purchase of regular shares may reach extraordinary results. The stock exchange, as it is measured by Index S&P 500, has given investors an average turnover of 11.3% from 1926 up to 2005. Such a turnover has enabled them to maintain the inflation levels constant and realize big revenues, such as for example saving for a college or a comfortable pension.

2. The beginning: What influences markets and prices

In this part we I will try to explain why markets act in such a way and what other influences impact their behaviour. In the end, people, whether professionals or beginner investors, take decisions to buy or sell titles, which bring about the rise and fall of markets every day. The information they utilize in taking their final decisions comes as a result of a huge number of resources. I will attempt to explain the benefits of owning several types of titles as well as the basic analysis that influence the decision-making process.⁹

Title ownership is becoming known all the more not just among traders but also among citizens, and it is something about which the latter, in a free and democratic society may feel proud about. History has shown that by owning titles in a trade company, revenues may increase and the living standards improve. This is the reason why all the more people own titles in their pension plans and their personal accounts. In particular, the market performance in the last twenty years has demonstrated that people who did not own titles truly made a very big mistake.

2.1 Title classification

As I mentioned in chapter 2 as well, shares are in general divided into two large classes, ordinary and preferred. The ordinary shares represent the most known form of ownership in joint stock companies. They give the shareholder a personal interest in the company's activities and in the distribution of its revenues. That is the most widespread type of holding shares and owners are directly involved in the profits and

⁹ Alan Northcott, "The Complete Guide to Investing in Short Term Trading: How to Earn High Rates of Returns Safely", fq.26.

losses of the company. If profits drop, an owner shall expect the value of the shares shall drop too. On the other hand, in case the stock exchange expects a rise of profits in the future, the value of the ordinary shares may reach levels unimaginable.

The company that issues ordinary shares may pay a dividend to the shareholders, which represents a share distribution of the revenues. The people, that wish to receive revenues, or that want to feel that they are getting something in return for their investment, wish to possess the titles which pay dividends. Payments may vary from year to year and are based on the percentage the board corporations' board of directors decides to distribute. Several big companies are famous for the continuous manner of payment of dividends and were only known later by the careful investors.¹⁰

Ownership of ordinary shares also gives the right to vote in matters of interest, which shall involve the election of the members of the corporate board of directors. This takes place every year in the annual meeting, where the shareholders are invited to participate and may vote on other matters that impact the entire activity of the company. The ones that cannot take part, shall be sent a letter by mail explaining in details the key matters to be voted. By signing and voting on each matter, owners may reply back to the letters so that they get involved in the final voting displayed on the screen for the annual meeting.

Preferred shares also represent ownership in joint stock companies. Investors whom wish to receive a higher payment for the dividends and that wish to have priority in payments prior to the ordinary shareholders, prefer to own preferred shares. The term "preferred" shall mean the mere fact that the owners have a right to the profits of the company and are entitled to receive a respective dividend prior to the ordinary shareholder receiving one. Also, in case of the selling of the company, the preferred shareholders will be paid after the liquidation process prior to the ordinary shareholders.

Because the preferred shares are not so traded compared to the ordinary shares, the owners in their possession, regularly cannot expect huge profits in rising markets. They will also have lower instability in dropping markets. Since dividends are flat, their prices attempt to act as the treasure bonds and thus will rise and drop more with the changes in the interest rates. Therefore, the preferred action is usually conducted by the individuals or the institutions that demand stable revenues with a small fluctuation in price. They are not so much interested on an overvaluation of their activities.

However, there exists a particular type of share called convertible preferred share. These shares can be converted into ordinary shares of the company issuing

¹⁰ Id. fq.39.

them. The value of this type of action depends directly by the price of the ordinary share with which it may convert. There must exist a fixed rapport or a number of ordinary shares that may be exchanged with the convertible preferred share. Due to the fact that payments of dividends are usually higher on these shares, investors will receive more money and will have a lower rate of instability compared to direct ownership by means of ordinary shares.

Another big difference that divides these two classes of shares is liquidity. The ordinary share is considered more liquid because there are more shares that are traded in active markets where investors are buying and selling them in a continuous manner. Even though preferred shares are traded in the biggest stock exchanges, there is not a high demand for their purchase by investors, therefore they are considered “little” marketable. These basic differences create the requisites for any class in accordance with the purpose of the investor and the investor's tolerance to risk.

2.2 Types of ordinary and preferred shares

Ordinary and preferred shares shall be authorised for selling in public and then issued. The maximum number of shares allowed to be issued is set under the foundation act of the joint stock company. In order to authorize additional shares to be sold, an additional formal act is required. Also, the shares considered issued are that same number of shares that were issued but are not yet in the hands of their owners. The term “when issued” refers to a title that is authorized but is yet to be issued.

The treasure shares are shares issued and repurchased by the company, by their shareholders. These shares may be held by the company for an indefinite period of time and reissued in public at a later date, or be withdrawn ultimately. Different to the issued shares, treasure shares do not get dividends and cannot be used for voting purposes.

It should be taken into consideration that dividends on the ordinary and preferred shares may be forgotten to be paid in due time. Therefore, for this reason, those investors that wishes to be more secure may request “cumulative preferred shares”. The advantage of being in possession of such a type of shares is when the board of directors has forgotten to distribute dividends for a specific period of time, and it is allowed to accumulate the dividends and as a result should be paid when funds become available.

“Participation in preferred shares” gives the owner the right to participate in any extra payment of dividends when declared by the company. However, the majority part of preferred shares issued is “non-participating”, which limits the annual revenue in a flat payment of dividend. For this reason, the big rise makes investors

prefer the possibility of getting higher dividends, reflected in the increase of profits and declared by the board of directors on the ordinary shares.¹¹

Maybe the main reason as to why today new investors wish to own titles is the possibility to make money while their shares grow in value. Shares may be classified according to what they represent “growth” or “value”.

An increase in title represents shares of a company, the profits of which in the future are expected to grow at a rate above the average. For this reason, a small emphasis should be placed on the current income. They often represent shares of very well-known companies, likewise small companies which may offer a more superior growing potential. Old investors prefer to be in possession of companies that have been around for a long period and have a history of growth both in bad and good period's stints.

The growth of titles has been more favourable in 1998 until 2001. The following figure demonstrates the history of the Index Standard & Poor 500 in 2001. This index consists of 500 powerful companies in the United States and demonstrates the excellent performance of the shareholders. The average revenues turnover from 1998 until 2001 was over 20% per year, demonstrating the preferences of investors for a growth during this period.

A share value is the one that represents a company, the potential price of which, for one reason or another, is yet to be revealed to the investing public. Capable investors wish to buy titles of companies that have been out of the market profits during low periods, have changed management, or have either had a product not so likeable. The high risk taken by the old investors may reap good rewards in case the company experiences a backward step and all of a sudden becomes financially interesting to the other investors of the market in the future. These types of titles have not had a satisfactory performance during the end of the 90' as it was the case with the titles growing. The people that were in possession of these valuable shares in general were disappointed at their turnovers. In any event, there have been other periods, when these shares surpassed the performance of growing shares. A careful investment would emphasise the fact that diversification among these classes would in general bring about excellent results in a long term period.

¹¹ James Joseph Cherry, “Cases on partnership and other unincorporated business associations : Including limited partnership, joint stock companies, defectively organized corporations, (National case book series), Kapitulli i Aksioneve.

Bibliography

- John M. Dalton, "How the Stock Market Works".
- David Brown and Kassandra Bentley, "All About Stock Market Strategies: The Easy Way To Get Started".
- Richard J. Tewels and Edward S. Barbly, "The Stock Market" (Wiley Investment).
- Mark R. Conway and Aaron N. Behle, "Professional Stock Trading: System Design and Automation".
- John Allen Paulos, "A Mathematician Plays the Stock Market".
- Markus Heitkoetter, "The Complete Guide to Day Trading: A Practical Manual From a Professional Day Trading Coach".
- Alan Northcott, "The Complete Guide to Investing in Short Term Trading: How to Earn High Rates of Returns Safely".
- James Joseph Cherry, "Cases on partnership and other unincorporated business associations: Including limited partnership, joint stock companies, defectively organized corporations" (National case book series).

IMPORTANCE OF SOCIAL-POLITICAL TAX PRINCIPLES IN REGARDS TO PERSONAL INCOME TAXATION

Emina Jerković

PhD, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University in Osijek,
Department of Financial Science, Croatia

e-mail: ekonjic@pravos.hr

Abstract

Croatian positive tax system is justified by the Article 51 of the Constitution which states that everyone must participate in the settlement of public expenses in accordance with their capabilities. Accordingly, the tax system is based on the principles of fairness and equality, i.e. principles associated with Adolph Wagner's social-political tax principles. Tax on personal income is the instrument of tax policy that with its inevitable fiscal objective has a much more important objective of a social nature-alleviate regressivity of VAT. Most financial scholars, lawyers or economists, agree that social-political tax principles are tried to be put into practice by applying progressive tax rates on income with the combination of non-taxable part of income. Thus this paper analyses Croatian personal income tax system, by focusing on the taxation of employment income and independent personal services income, their tax base, tax brackets, tax rates and tax credits. The other issue of taxation that is scrutinized is the formation of an optimal tax burden, which means a continuous balance searching. This procedure and the related arguments are presented in this paper.

Keywords: *social-political tax principles, personal income taxation, progressive tax rate, non-taxable part of income, Republic of Croatia*

Introduction

By the end of the 19th century Adolph Wagner (1835-1917) presented his vision of the principles that should serve as taxation guidelines. These principles have become so far the most widespread. Wagner divided the principles into four groups: financial-political principles, economic-political principles, social-political principles and taxation-technical principles (essentially described by Adam Smith's

canons). Wagner made an important standpoint when it comes to taxes, their roles and objectives. Thus we speak of the era before Wagner and after Wagner. The era before Wagner assumes that the social effect of taxation is the result of taxation (and not the objective of taxation) which can be both against and in favour of the taxpayer i.e. it is irrelevant whether it is good or bad for the taxpayer since it is a side effect of primary fiscal objective of taxation, whereas the era after Wagner assumes that taxes and taxation can and should be regarded as a measure, as an instrument of active taxation policy and that they should focus on conscious, quantified and qualified operation within the social domain.¹

1. Social-political tax principles

Social-political tax principles are very new in the system of taxation. They were introduced at a late stage into general principles of taxation and the person responsible for their introduction is none other than Adolph Wagner. However, from the moment of their introduction into general principles of taxation, they have been relevant in smaller or greater measure in all modern and contemporary tax systems. That depends however on how their use clashes with financial-political tax principles, i.e. how they diminish abundance of each tax form in that way automatically diminishing the primary goal of taxation, i.e. fiscal goal. There are two social-political tax principles:

1. principle of general tax liability
2. principle of equal distribution of taxation.

2.1. Principle of general tax liability

Adolph Wagner was a great believer in universality of taxes which means that differences among citizens² should not have effect in any way on obligation of paying taxes and on the tax burden. Contemporary states have incorporated into their constitutions provisions regarding which states that all citizens are equal in front of the law regardless of their differences and that equality refers to tax compliance too. Constitution of the Republic of Croatia³ regulates this matter in

¹ Jelčić, Barbara; Porezni obveznik i porezna politika, [Tax payer and Tax policy], Sveučilišna naklada Liber, Zagreb 1977, p. 45.

² Having in mind class differences, sex differences, religious belief, political belief, marital status etc.

³ Constitution of the Republic of Croatia Official Gazette, 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

several articles⁴. The most important article is article 51 that states that everyone must participate in the settlement of public expenses in accordance with their capabilities and that tax system of Republic of Croatia rests on principles of equality and fairness. This article represents some sort of justification of tax introduction into fiscal system of the Republic of Croatia and is closely connected to Adam Smith's cannons. From that we can see that the Republic of Croatia excels values that apply on all citizens not just the Croatian nationals. This means that universality of taxes applies both on residents and non-residents of certain country.

In practise there are some exceptions from this principle with the explanation that social goal of taxation should be fulfilled just the same as the primary fiscal goal of taxation. This especially refers to direct taxes that can adjust to social goals and principles of taxation. From taxation are excluded those citizens whose economic strength does not exceed subsistence level income.

When it comes to determining economic strength both jurists and economists come to the same conclusions but by different strategies. They agree that the tax basis of personal income tax must be diminished for expenses necessary for insurance of minimal existential costs.⁵ Musgrave deems necessary to observe subsistence level income as civilised-cultural term and because of that it should be enlarged as the general standard of living grows.⁶

However with the passing of the time the term of subsistence level income has bent in many ways in light of the fact that the amounts assigned cannot satisfy basic life needs of individuals.

It would be interesting to look at the case of a single family in particular. The question arises whether amounts (and in this case we refer to basic personal allowance increased by other personal allowances dependent family members) will suffice to cover the basic expenses of the family due to the fact that the habits and needs differ a lot. This means that consumption of not only an individual, but also of the family is different, which should be taken into consideration if one wanted to

⁴ Article 3, Article 14, Article 51

⁵ Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 189

⁶ Musgrave, Richard; Musgrave, Peggy: Javne financije u teoriji i praksi, [Public Finance in Theory and Practise], IJF, 1993.p. 243.

satisfy the principle of justice in full meaning of the word even though it is impossible to implement it.⁷

There is an additional requirement to be met when it comes to the exclusion of subsistence minimum from taxation. Many theorists assume that in case of the people who do not have economic power of certain level that would provide a minimum subsistence and is exempt from taxation, the state ensures economic strength so that it sets aside established financial means from the public revenue. This kind of assistance to the vulnerable population is called negative taxation. The negative taxation aims at increasing the income of every person by established objective criteria to the level considered as poverty threshold.⁸ The funds that a state will make available to individuals may depend on various factors such as their income, the number of family members and established guaranteed income. Negative taxation, namely, exploits opportunities for an increase of lower economic strength regarded as subsistence minimum.⁹

2.2. The principle of equal distribution of taxation

One of the main tasks and objectives put before taxes is that tax burden must be distributed evenly to all taxpayers, i.e. that taxes must be fair. In theory and in practice there are a number of solutions that do not necessarily need to be aligned, but the fact is that the notion of justice is very abstract, and it is extremely difficult to define, let alone achieve it.

This situation can be observed from a different angle, and the question of justice can be put in a different way - Can inequality also be fair? Equality is today considered one of the most important determinants of the rule of law. While inequality determined by natural factors, in principle, is taken for granted, unequal actions performed by people or to people resulting from free market economy, but

⁷ Let us take as an example the relation of the consumption bundle (calculated on the basis of a family of four members) and subsistence minimum pursuant to the Personal Income Tax Act. According to the data available for August 2011 consumption bundle amounted to 6,690 HRK. The basic personal allowance in 2011 amounted to 1,800 HRK. If we have a family of four members, monthly subsistence minimum for the family amounts to 4,860 HRK and the problem in this context is obvious. The family lacks 1,830 HRK to reach the amount of the consumption bundle. It should be emphasized that in some cities the amount of subsistence bundle is significantly higher, which is also one of the reasons for a huge social gap.

⁸ Jelčić, Barbara; Porezni obveznik i porezna politika, [Tax Payer and Tax Policy],Sveučilišna naklada Liber, Zagreb 1977, p. 65

⁹ Jelčić, Barbara; Porezni obveznik i porezna politika, [Tax Payer and Tax Policy],Sveučilišna naklada Liber, Zagreb 1977, p. 55.

also from the state, have always raised debates and criticism.¹⁰ If equality and fairness are observed through income, the following three questions arise:

- 1) what are the reasons for unequal distribution of income;
- 2) whether and under what conditions are those who are deprived by unequal allocation of income, able to accept or tolerate such distribution ;
- 3) whether and under what conditions can unequal distribution of income still be considered fair ?¹¹

In order to understand and explain the differences in income levels, we must take into consideration the social system and form of government in which the income is derived. If a social system not only allows, but also encourages its citizens by a variety of proactive measures to increase their chances of earning income, it affects citizens automatically and is motivating; it also reduces resistance to paying taxes more than this is the case in systems where this possibility does not exist.

Differences in the level of income of the citizens motivate and increase the willingness for better and more intensive work, to greater investment and entrepreneurial ventures the results of which are economic growth and an increase in binding "welfare" for all citizens regardless of their level of participation in income distribution. The higher the economic growth is, the higher the tolerance is for those with lower incomes, which leads to the conclusion that differences in incomes are necessary.¹²

The concepts of social mobility and vertical mobility play an extremely important role in the perception of inequality and fairness. Social mobility can be defined as ability of an individual to either advance in the career and position by investing effort or in case of lack of motivation to regress. Every promotion is related not only to the social status and status of the individual but, as a rule, to increase in income, whereas regression results in moving down on social ladder along with inevitable reduction of income. Certain studies have shown that greater social mobility makes the citizens with smaller income more tolerant towards differences in income distribution.¹³ A huge role in creating social mobility is played by prospects of an individual to enter the so-called economic elites. It is not

¹⁰ Schmidt, Kurt, Može li nejednakost biti pravedna? [Can Inequality be Fair?], Financijska praksa 4/94, IJF, Zagreb 1994, p. 427

¹¹ Schmidt, Kurt, Može li nejednakost biti pravedna? [Can Inequality be Fair?], Financijska praksa 4/94, IJF, Zagreb 1994, p. 427.

¹² Schmidt, Kurt, Može li nejednakost biti pravedna? [Can Inequality be Fair?], Financijska praksa 4/94, IJF, Zagreb 1994, p. 429

¹³ It is assumed that the differences between incomes must not be excessive.

assumed good if the economic elites are a closed circle of individuals that is extremely difficult, almost impossible to access, by which other citizens are unmotivated and envy is caused.

A state can improve social mobility through appropriate tax policy that refers not only to the introduction of new tax exemptions and deductions, but can also reduce tax burden on income growth by manipulating the tax rates. Here the state plays an important role and may by its actions provide an opportunity for citizens to generate higher incomes. However, it should be noted that the absolute equality and optimal fairness do not exist, and these concepts vary in different social orders. However, what applies to all is that the moral aspect of tax should refer equally to the state and taxpayers. The duty of the state is to develop a more equitable distribution of tax burden i.e. payment according to economic power and rational use of raised funds, on the other hand, the duty of every taxpayer is to bear their fair share of the public expenses, in accordance with the economic abilities.¹⁴

The Croatian legislation justifies taxes by Article 51 of the Constitution of the Republic of Croatia stipulating that everyone shall participate in settlement of public expenses in accordance with their capabilities, and that the tax system is based on principles of justice and equality. The concept of justice is difficult to define due to its abstract nature. The notion of justice has changed significantly in the course of history and every period in history had its own vision of justice. Consequently, it is impossible to give the general definition of an elusive term. Therefore, the question whether a tax is just or unjust cannot be answered by a single answer that would be based on some generally accepted principles. The concept of justice must not only stick to the financial understanding of justice, but it is a much deeper issue that needs to be observed from the point of view of ethics as well.

Tax practitioners, however, both lawyers and economists, attach almost no significance to tax fairness issue. In fact, any tax that achieves desired and anticipated economic impact is considered fair.¹⁵ However, most financial

¹⁴ Perić, Zrinka, Osvrt na najnovije izmjene i dopune Zakona o porezu na dohodak: raspodjela poreznog tereta, [Review of Recent Amendments of the Personal Income Act: Tax Burden Distribution], Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 309.

¹⁵ Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, , p. 182

theoreticians, either lawyers or economists agree that attempts have been made to put the principle of equity into practice by implementation of the progressive income tax rate. Tax on income is a tax policy instrument that besides inevitable fiscal aims has another, more important aim of social nature and that is to relieve the regressive feature of the value added tax.

Research into tax equity has shown that public interest in these issues has diminished. Thus, the classic notion of tax equity in the field of the tax burden distribution has been increasingly shifting to care about how to spend tax revenues. The reduced interest in the principle of justice is understandable since citizens find tax system as such still vague, paying taxes abstract so that awareness of public spending (spending tax revenues) has become an increasingly important area of public interest.

The issue of tax equity is not attached to any particular structural principle that would apply only to taxes. The basic and primary goal of tax achieved by each levying of taxes is to provide financial means to cover government expenditures. However, it has been emphasized that this goal should give way to another equally important goal i.e. the fair distribution of tax burden.¹⁶ Firstly, the notion of tax equity is determined by the time and it primarily depends on the objectives to be achieved by a tax system i.e. objectives set before the tax system reform. Secondly, the notion of tax equity is determined partly by the standpoint of group interests. The issues considered fair by employers will probably not be assessed fair from the perspective of employees.¹⁷

Financial theory has mainly interpreted the notion of justice in accordance with two principles: the principle of utility and principle of tax strength. These principles have been used by economists in an attempt to justify and achieve a rational tax system. Proportionate distribution of tax burden (in accordance with individual tax strength) results from the entire tax system. Indeed, the most important role has been taken by taxation of income from employment, but tax system includes other types of income, together with an answer to the question how much of the income has been spent, and how much saved.

¹⁶ Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 187.

¹⁷ Šimović, Jure, „Načelo porezne pravednosti i novi hrvatski porezni sustav“, [Principle of Equality of Taxation and New Croatian Tax System], Računovodstvo i financije br. 4, April 1995, p.48

2.2.1. The principle of utility

The principle of utility comprises at the same time the revenues and expenditures within the public sector where particular attention is paid to the rational use of public revenue, in particular taxes on specific public expenditure, which is in line with the benefits that the taxpayer receives from the public sector. In this way a direct impact on the existing high level of resistance of taxpayers to paying taxes is rendered by appealing to their sense of morality. The mere benefit from the tax represents certain equivalence that the taxpayer receives for paying the tax. This principle can be fully applied when talking about earmarked taxes. But a modern state is not based on earmarked taxes, but taxes that are general fee revenues. Earmarked taxes are rare to the extent that only certain excise duties to a certain extent are intended for other, not exclusively fiscal goals.¹⁸

2.2.2. The principle of tax strength

Tax systems mainly accept tax strength (taxation ability) as a predominant principle of taxation equity. This principle assumes that the total public expenditures are set and that every taxpayer is required to contribute thereto depending on their economic strength.¹⁹ Taxation according to the tax strength comprises two very important requirements: firstly, the requirement of horizontal equality according to which taxpayers with the same fiscal capacity should bear the same amount of tax burden and secondly the requirement of vertical equity according to which taxpayers with higher level of tax power should bear greater tax burden.

Furthermore, it is important to note that it is not irrelevant whether the economic strength of taxpayers results from their own work, inheritance, property, the use of other people's labor or capital etc. Fair taxation is therefore taxation that shall relate differently to certain segments forming the total economic strength of the taxpayer. The tax payer shall rightly question the equity of the tax system which in itself has not installed very precise and finely worked out mechanism of differentiation of the sources i.e. the ways certain income, assets or income from the property have been earned- i.e. the total of material goods that account for one's economic strength.²⁰ In that case it should be taken into consideration that no major

¹⁸ For example, a special tax (excise duty) on oil, tobacco products.

¹⁹ Šimović, Jure, Načelo porezne pravednosti i novi hrvatski porezni sustav [Principle of Equality of Taxation and New Croatian Tax System], Računovodstvo i financije br.4, April 1995, p. 49.

²⁰ Jelčić, Barbara; Porezni obveznik i porezna politika, [Tax Payer and Tax Policy], Sveučilišna naklada Liber, Zagreb 1977, p. 84.

changes are initiated in the social relationship between taxpayers; the question arises whether we should and may intervene in the economic strength through intensive taxation so that it results in a new social order and new relations between citizens i.e. taxpayers.

3. Types of Income in the Republic of Croatia²¹

In the Republic of Croatia there are 6 types of income:

- a) Employment income
- b) Independent personal services income
- c) Income from property and property rights
- d) Investment income,
- e) Income from insurance
- f) Category of other income.

In this paper we are going to elaborate two most important types: employment income and independent personal services income.

3.1. Employment income

Share of the employment income tax in the entire income tax system is of great value. Depending of the year in question it can exceed 80% and it should not surprise us because overwhelming number of tax payers are employees.

Dependent personal services represent relation between employer and employee in which the employee is obliged to work by the instructions of the employer. Retirees are being taxes as employees.

Employment income is contrast between receipts obtained in one taxable period and expenditures originadted in same taxable period.

Receipts based on dependent personal services are:

- salaries
- retirements

²¹ Income Tax Law, Official Gazette, 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12, 43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14

- receipts based on consideration, support, award and other, which are paid by the employer or which are given to the employees above prescribed amount
- salary which is to employee paid by another person instead of the employer
- assurance premium which employers pay for their employees dealing with life assurance, extra and private health assurance, voluntary social security contributions above prescribed amount and assurance of their assets
- all other revenue that employer pays or gives to employee for services that had been done based on employment contract or any other act that regulates employment
- entrepreneurial salary that is defined as an expenditure while establishing corporate income tax
- salary of natural persons that work in the Republic of Croatia in domestic corporation by mandate of foreign employer
- salary of members that work for representative and executive departments of state authority and departments of local and regional authority
- salaries for persons that help and care for military invalids of Homeland War according to special regulation.

3.2. Independent personal services income

Independent personal services income is considered to be:

1. Income derived from trade and with trade equaled services
2. Income derived from independent profession such as:
 - independent profession of health care employees, veterinarians, lawyers, public notaries, engineers, auditors, bankruptcy managers, architects, tax consultants, interpreters, translators, tourist employees and etc.,
 - independent profession of scientists, inventors, authors and other similar profession
 - independent profession of lecturers and educators and other similar profession
 - independent profession of journalists, artists and athletes.
3. Income derived from agriculture, fishery and forestry
4. Income of other independent services which are not main service of tax payer, but are occasionally performed for gaining income

There is one significant regulation, Article 26. by which all tax payers referred to above can upon their request pay corporate income tax instead of personal income tax.

4. Tax rate

Progressive taxation rests on fact, that person who has bigger income should pay bigger tax. On the other hand, person who earns smaller income should pay smaller tax. That means that persons with different economic strength should pay different amounts of tax,- vertical tax fairness.²²

By most recent changes in the system of income taxation, number of tax brackets has been changed from 4 to 3. That automatically changes range of receiving which is related to each tax rate and its height. Contrary to that concept, we have flat tax, where everybody is taxed with the same tax rate with no regard to tax payer's income size. (socially most unjust)²³

The tax base on income for the taxation of income tax from employment and income from self-employment is divided into three tax brackets.

This essentially means that after the decline of the gross salary required to contribute to the basic personal allowance taxable income on a monthly basis is taxed as follows:

- Up to 2.200,00 HRK pay tax at a rate of 12%
- above 2.200,00 HRK to 13.200,00 HRK (ie further 11.000,00 HRK) pay tax at a rate of 25%
- above the total amount of 13.200,00 HRK pay tax at the rate of 40%.

²² Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 192

²³ Perić, Zrinka, Osvrt na najnovije izmjene i dopune Zakona o porezu na dohodak: raspodjela poreznog tereta, [Review of Recent Amendments of the Personal Income Act: Tax Burden Distribution], Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 302

Table 1: Tax rates

Tax rate	Monthly basis (HRK)
12%	- 2.200,00
25%	2.200,01-13.200,00
40%	13.200,01 -

The essential issue is how business players react on taxes. High and progressive taxes cut back performance and will not stimulate production.²⁴ Beyond not making the pursuing of activities appealing, high tax rates encourage taxpayers to search for legal and illegal ways of tax evasion (the back door methods, such as the permanent investment account, the calculation of cost invoices for individual entrepreneurs, or when real estate or other property is sold²⁵). I believe that tax planning performed by the taxpayer in such ways is by no means harmful, but its wide option much rather promotes that taxpayers accept tax law, because the taxpayer is happy to pay less tax feeling that implicitly he/she received more money or actually more stayed in his/her pocket. This will mean more revenue for the state or eventually in terms of the personal income tax for the budget of local municipalities than as if with regard to the high tax payment obligation or by some tax fraud techniques, such as black or grey employment, no revenue would flow in or the tax base would be significantly lower due to hidden incomes.

5. Non-taxable part of income

When it comes to defining economic strength, both jurists and economists, although by different means, come to same conclusions. In fact, they both accent that tax basis of income tax must be decreased for expenditure necessary for assurance of minimal existential costs.²⁶

24 Streissler, E., *Gazdaságméleti kétségek a progresszív jövedelemadó ésszerűségét illetően* [Theoretical economic doubts regarding the rationality of progressive income tax] / *Közgazdasági Szemle*, 1990., p.79

25 The effective regulation has retained taxpayers' opportunity to deduct three types of cost: the amount of income shall be established by deducting the expenditure related to the acquisition, the costs of value-added investments, and the costs in connection with the transfer can be deducted from the revenue.

26 Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], *Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva*, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof.

Excluded from taxation is part of income that is necessary for taxpayer to fulfill his existential needs. This part of income is usually called existential minimum. Term non-taxable part of income is used in tax terminology, and in Croatian Personal Income Tax Law term personal allowance is used. Article 36 of Personal Income Tax Law prescribes that the full amount of realized income should be reduced for personal allowance in the amount of 2.600,00 HRK for each month of taxable period. This amount of personal allowance is enlarged for dependent members of family and children. Income Tax Law presumes that the amount of 2.600,00 HRK is enough for taxpayer to cover his basic existential needs.²⁷

Table 2: Personal allowance in the Republic of Croatia

Personal Allowance	Factor of Personal Allowance	Monthly Amount of Personal Allowance (HRK)
Basic personal allowance	1,00	2.600,00
Dependent member(spouses, parents of spouses, grandchildren, grandparents)	0,50	1.300,00
First child	0,50	1.300,00
Second child	0,70	1.820,00
Third child	1,00	2.600,00
Fourth child	1,40	3.640,00
Fifth child	1,90	4.180,00
For each additional child factor increases 0,8; 0,9, etc.		
For partial disability	0,30	780,00
For 100% disability	1,00	2.600,00
Retirees		The amount of pension income, and most 3.800,00 (least 2.600,00)

emeritusa Božidara Jelčica, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010, p. 189

²⁷ Sindić, Petar, Načelo pravednosti u poreznom sustavu RH ? [Principle of fairness in tax system of republic of Croatia], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčica, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010

Table 3: Salary accounting example

1	GROSS INCOME (HRK)	8.399,79 HRK
2	SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS 20%	1.679,96
3 (1-2)	INCOME	6.719,83
4	PERSONAL ALLOWANCE	2.600,00
5 (3-4)	TAX BASIS	4.119,83
6	PAYED TAX AND SURTAX TAX RATE 12% TAX RATE 25% SURTAX ²⁸ 13% WHOLE TAX NETTO	264,00 479,96 96,71 840,67 5.879,16
7(3-6)		

28 The taxpayer of surtax is obliged to pay income tax if domiciled or habitual resident in the municipality or city that prescribed the obligation for surtax. Tax basis is the amount of income tax.

Tax rate

Municipality or city can prescribe that tax payers in their territory have to pay surtax to income tax as follows:

- municipality at a rate of up to 10%
- city under 30,000 inhabitants at a rate of up to 12%
- city above 30,000 inhabitants at a rate of up to 15%
- City of Zagreb at a rate of up to 30%.

Conclusion

Personal income tax is one of the main types of taxation by which equitable distribution of income may be affected, even though its payment is always a certain burden for the taxpayer. For that reason, all modern tax systems seek to achieve the principle of equity of taxation. However, taxation is fair if the requirements of universality of taxation and uniformity in distribution of tax burden are met.²⁹

The current income tax system of the Republic of Croatia needs to be adjusted primarily for the issues of income tax allowances, tax rates, tax brackets, with an inevitable and detailed analysis of the entire system aimed at determining the purpose of each element, and thereby separating necessary from unnecessary elements. One of the major problems is that once introduced tax benefit is difficult to eliminate, especially if it is related to political context and is achieved by a large number of taxpayers who are potential voters, regardless of the fact that justifiable grounds for such benefit have in the meantime ceased to exist. The trend to abolish tax relief has been noted in the Republic of Croatia as demonstrated by the 2010 income tax reform introducing a reduction in the number of reliefs³⁰ and ultimately resulting in a significantly reduced number of annual tax return submissions and consequently in reduced tax refunds to taxpayers; this on the other hand greatly affected the amount of revenues collected by income taxation. In spite of the strong feeling of discontent and resistance expressed by taxpayers the abolished tax reliefs have not been restored into the income taxation system.

All modern states use subsistence minimum as a basis, i.e. standard allowance in the form of non-taxable portion of income. As subsistence minimum has been part of all contemporary tax systems as an essential prerequisite to fair taxation, the subsistence minimum amount cannot be uniquely determined everywhere and for all times, and it is introduced by every state on socio-political grounds.³¹

Thus, the non-taxable portion of income in the Croatian tax system is basic personal allowance which may be increased by other basic deductions. This type of non-taxable portion of income is reflected in the form of indirect progression. The level of progressivity is influenced by various income tax system elements: tax rate

²⁹ Jelčić, Barbara, Jelčić, Božidar, Pravednost – osnovno načelo poreznih sustava suvremenih država, [Equality- the Main Principle of Modern States Tax System], RRIF, br. 10, Zagreb, 1997, p. 74.

³⁰ The changes in 2010 primarily referred to facilities related to health care services, housing needs, paid insurance premium and investment maintenance.

³¹ Perić, Zrinka., Oporezivanje dohotka od nesamostalnog rada, [Taxation of Income from Employment], Master Thesis, Pravni fakultet u Zagrebu, 2006.

distribution, personal and other tax allowances and deductions. From 1997 to 2004 personal allowance generated approximately 91 % progressivity, whereas distribution of tax rates generated 13 % progressivity. Effect of other allowances and deductions amounted to an average minus 4 %, with a negative sign meaning that these reliefs actually reduced the potential progressivity.³²

However, horizontal and vertical equity in taxation can only be achieved by progressive system of income taxation, provided that a detailed analysis of the needs is done in order to find solutions to income taxation and to make it more in line with the principle of equity with respect to the current situation and the present time and space. From the taxpayers' standpoint the most important thing is to achieve equity in taxation through legislation, which has a direct impact on taxpayers and their economic status, while the primary interest of a state is to meet the objective of the principle of adequacy of yield ensuring the inflow of funds to meet the public needs. People prefer equitable to lower taxes. They expect everyone to pay their taxes in accordance with their wealth.³³ The principle of equity in the tax system is viewed through the exercise of both horizontal and vertical equity, more importantly, payment of taxes according to economic power which includes modern financial science, i.e. tax should relatively (in percentage) be paid by those who have a higher standard of wealth, which is indirectly confirmed by Article 51 of the Croatian Constitution. However, it should be noted that optimal equity does not exist. People are in favour of fair taxes, a fair distribution of tax burden, but there are no objective criteria on the basis of which it can be established if a specific tax system is fair. Justice is still a relative term dependant on many factors. The progressive rate itself is too broad term to cover the implementation of the principle of equity. What matters is the selection of the progressive rate covering a certain level of equity, and by this I mean the application of tranche progressive rate.

From the aspect of social welfare, income tax should be primarily fair whereby this genuinely refers to implementation of income tax pattern that includes three very important factors: the combination of basic personal allowance amount (plus other personal allowances), tax brackets as well as height, number and type of rate.

³² Urban, Ivica., Jedna stopa unutar poreza na dohodak: Utjecaj na raspodjelu poreznog dohotka, [Single Rate within the Income Tax: Its Effects on Tax Income Distribution], Newsletter IJF, 2006, p. 1.

³³ Adams, C. W., Za dobro i zlo: Utjecaj poreza na kretanje civilizacije, [For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization], IJF, Zagreb, 2006, p. 405.

Literature

- Adams, C. W., Za dobro i zlo: Utjecaj poreza na kretanje civilizacije, [For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization], IJF, Zagreb, 2006
- Jelčić, Barbara; Porezni obveznik i porezna politika, [Tax payer and Tax policy], Sveučilišna naklada Liber, Zagreb 1977
- Jelčić, Barbara, Jelčić, Božidar, Pravednost – osnovno načelo poreznih sustava suvremenih država, [Equality- the Main Principle of Modern States Tax System], RRIF, br. 10, Zagreb, 1997
- Lončarić-Horvat, Olivera „Pravedna i socijalna porezna država?“, [Fair and Socially Sensitive Tax State?], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010
- Musgrave, Richard; Musgrave, Peggy: Javne financije u teoriji i praksi, [Public Finance in Theory and Practise], IJF, 1993.
- Perić, Zrinka, Osvrt na najnovije izmjene i dopune Zakona o porezu na dohodak: raspodjela poreznog tereta, [Review of Recent Amendments of the Personal Income Act: Tax Burden Distribution], Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010
- Schmidt, Kurt, Može li nejednakost biti pravedna? [Can Inequality be Fair?], Financijska praksa 4/94, IJF, Zagreb 1994
- Sindičić, Petar, Načelo pravednosti u poreznom sustavu RH ? [Principle of fairness in tax system of republic of Croatia], Znanstveni skup Uloga države u socio-ekonomskom razvoju nacionalnog gospodarstva, Zbornik radova u povodu 80. godišnjice života prof. emeritusa Božidara Jelčića, Visoka poslovna škola Libertas Zagreb, Zagreb, 2010
- Streissler, E., Gazdaságméleti kétségek a progresszív jövedelemadó ésszerűségét illetően [Theoretical economic doubts regarding the rationality of progressive income tax] 1 Közgazdasági Szemle, 1990.
- Šimović, Jure, „Načelo porezne pravednosti i novi hrvatski porezni sustav“, [Principle of Equality of Taxation and New Croatian Tax System], Računovodstvo i financije br. 4, April 1995
- Urban, Ivica., Jedna stopa unutar poreza na dohodak: Utjecaj na raspodjelu poreznog dohotka, [Single Rate within the Income Tax: Its Effects on Tax

Income Distribution], Newsletter IJF, 2006

Constitution of the Republic of Croatia Official Gazzette, 56/90, 135/97, 8/98,
113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

Income Tax Law, Official Gazette, 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12,
43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14

ПРАВНИОТ РЕЖИМ НА ОДГОВОРНОСТА НА ДРЖАВАТА НА ЗНАМЕТО ВО МЕЃУНАРОДНОТО ТРАНСПОРТНО ПРАВО

Борка Тушевска

Доцент на Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ – Штип, Македонија

e-mail: borka.tusevska@ugd.edu.mk

Апстракт

Концептот „држава на знамето“ во меѓународното право претставува добро позната практика на регистрирање на компаниите, надвор од државата во која што е седиштето на сопственикот на компанијата. Имплементирањето на концептот „држава на знамето“ е условено од постоењето на концептот на „отворени регистри“, што подразбира регистрација на компаниите надвор од границите на државата во која што се наоѓа седиштето на сопствениците на компаниите.

Воспоставувањето на концептот „држава на знамето“ во меѓународното право и практика, предизвика контроверзии и критики коишто се однесуваат на оправданоста, предностите и слабостите на овој концепт. Концептот на „држава на знамето“, предизвика контроверзии и дилеми особено во полето на поморската индустрија и право. Имено, со употребата на овој концепт на регистрација на бродовите во „отворени регистри“ во која било држава, на бродските компании им беше овозможено да користат одредени фискални предности (*полиберални даночни рестрикции*), намалување на работните и условите за живот на бродовите, избегнување на административните бариери за основање и оперирање во меѓународните води итн. Независно од ова, за бизнис секторот концептот на „државно знаме“ исто така беше перцепирано како закана за здрава и фер конкуренција во транспортната индустрија, и можност за избегнување на поригорозните режими на националните правни системи, од страна на вистинскиот сопственик на бродската компанија.

Анализирајќи ги овие интересни прашања кои се наметнуваат од примената на концептот на „држава на знамето“, се наметна и целта на трудот и тоа да се согледаат предностите и слабостите на концептот на „државата на знамето“, во контекст на поморското право, и неговото влијание врз комерцијалните трансакции. Во контекст на одржливите трендови во транспортната индустрија, во

трудот ќе се анализираат прашањата за влијанието на концептот на „државата на знамето“ врз поморската средина, и пристанишната контрола врз субстандардните бродови на отворено море.

Клучни зборови: државната на знамето, знамето на подобност, пристанишна контрола, одговорност, отворени регистри, одржливост.

THE LEGAL REGIME FOR FLAG STATE RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL SHIPPING LAW

Borka Tushevska

Assistant professor at Faculty of Law, State University “Goce Delcev” – Shtip,
Macedonia

e-mail: borka.tusevska@ugd.edu.mk

Abstract

The concept of “*flag state*” in international law (*flag of convenience*), represents a well-known practice of registering companies, beyond the state of the owner of the company. The implementation of “*flag state*” concept, basically depends on the existence of “*open registers*,” which means: *recording companies beyond the borders of the state of the owner of the company*. The concept of “*flag state*” allows registration of vessels/aircrafts in a sovereign states, beyond the jurisdiction of the owner’s state.

The establishment of the “*flag state*” concept in international law and practice, incited much criticism and controversies, regarding its justifiability, advantageous and disadvantageous. This concept especially caused controversy and dilemmas in the field of *maritime shipping industry*. Namely, by this concept of registration, shipping companies were allowed to use some fiscal incentives (*less fiscal restrictions*), reduction of working and living conditions on board, avoiding administrative barriers for foundation and operations in international high seas. Nonetheless of these advantageous for business sector, “*flag state*” was also perceived as a threat for fair competition in shipping industry, and opportunity for avoidance of national legislation from the real owner of the company.

Analyzing these interesting issues imposed by the implementation of the “flag state,” the main aim of this article was created and its refer to analyzation of the advantageous and disadvantageous of “flag state” concept in international law, and its impact on the commercial transactions. In the light of the sustainable trends in shipping industry, we’ll foster the issue about the influence of the “flag state” on the maritime environmental, and port state control on the substandard ships.

Keywords: *flag state, flag of convenience, port state control, shared responsibility, open register, sustainability.*

ВОВЕД

Во современите услови на одвивање на меѓународна трговија на стоки, поморскиот транспорт зафаќа околу 90 % од прометот во глобални рамки. За потребите на меѓународната трговија, во поморскиот транспорт циркулираат повеќе од 50.000 комерцијални бродови, регистрирани во над 150 различни земји, со преку еден милион вработени лица (*екипаж*) на бродовите.¹ Доволно е само површна анализа на овие податоци да констатираме дека транспортната индустрија имплицира бројни и хетерогени прашања со различна правна природа и тоа прашања со: *трудово правна димензија, еколошка димензија, економско-социјална и правна димензија*. Земајќи ги предвид бројните сфери на влијание што ги има транспортната индустрија, јасно е нејзиното значење во глобални рамки, и нејзините перспективи во глобалната трговија. Како последица на ова, во правната литература и практика се јавуваат бројни и различни дилеми кои се наметнуваат во истражувањето на поединечните аспекти на транспортната индустрија.

Транспортната индустрија има суштествено значење во задоволување на потребите како на бизнис секторот, така и на потрошувачкиот сектор (*логистика во реализацијата на B2B и B2C трансакциите*). Транспортната, шпедитерската и логистичката индустрија се во фокусот на вниманието како на бизнис секторот, така и на државата која посветува исклучително големо внимание при креирањето на државната политика и стратегија за раст и развој *in concreto*. Ова сосема логично ако се земат предвид економските интереси од

¹ <http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade>, [пристапено на 08.10.2015].

овој сектор, и моќта на лоби групите/бродски компании во контекст на државните (економски) интереси.

Во секојдневните трговски трансакции, увозно-извозниот сектор се фокусира на транспортерите, шпедитерските и логистичките оператори што нудат најниски транспортни трошоци. Земајќи предвид дека станува збор за индустрија која во најголем дел се базира на фиксни трошоци, искористувањето на можноста да се намалат транспортните трошоци има круцијално значење за формулирањето на цената на нивните услуги, следствено, и за подобрување на конкуритивноста на нивните услуги на пазарот. Во основа станува збор за врзани трансакции во синцирот на набавка на стоки и услуги.² Редуцираните транспортни трошоци значат понуда на транспортни услуги со помала цена, што директно се одразува на зголемувањето на побарувачката од страна на увозно-извозниот сектор *vis-à-vis* логистичкиот и транспортниот сектор. Ова од причина што помалите транспортни трошоци ќе влијаат на редуцирањето на цената на стоката што ја нуди увозно-извозниот сектор, последователно ќе влијаат и на конкуритивност на глобалниот пазар.

Во насока на искористувањето на своите капацитети, транспортните компании се фокусираат на редуцирањето на транспортните трошоци и нудењето на “*full package services*.”³ Во контекст на ова, искуството од практиката и економските параметри покажаа економска предност на логистичките центри *versus* класичните транспортните или шпедитерските компании. Набргу, бројни транспортни компании под влијание на глобализацијата, контејнерската револуција и експанзијата на информатичката технологија се трансформираа во логистички оператори. Во борбата за што

² Во синцирот на набавка на стоки и услуги на глобалниот пазар, субјектите со статус на трговци нужно зависат едни од други. Во услови кога ова практика е јасно позната, субјектите пристапуваат кон алтернативни методи на редуцирање на трошоците. Токму како плод на ова практика во деловното опкружување се појавија логистичките оператори именувани како 3PL 4PL service providers кои преку концентрацијата на повеќе трговски услуги утврдија соодветен модел за водење на рентабилен бизнис.

³ Во последната деценија на 21 век концентрацијата на услуги во еден трговски субјект и понуда на “*full package services*” се перцепира како рентабилен модел на водење бизнис. Водени од економските предности на овој модел, транспортните и шпедитерските компании го проширија својот бизнис преку нови деловни потфати во делот на контрола на квалитетот на стоки и услуги, пакување и декларирање на стока, доработување на стоката во постапка на привремен увоз-извоз (*added value services*). Види повеќе: Тушевска Б., Меѓународно правни аспекти на шпедицијата, Скопје, 2011, стр. 78.

поголемо учество на пазарот на поморски транспорт, транспортните компании екстензивно го ширеа својот деловен потфат.

Под влијание на големите трошоци кои се последица на ширењето на бизнис активностите, голем број транспортни компании останаа да функционираат во рамките на традиционалниот модел на водење на бизнис и тоа: транспорт на стоки (*cargo transport*). Надвор од фиксните транспортни трошоци и редуцирањето на варијабилните трошоци, овие компании имаа на располагање само една алтернатива за редуцирање на сопствените трошоци и тоа: искористување на најпознатиот истовремено и најконтроверзниот концепт на регистрација на бродските компании познат како “*open register*.” Согласно концептот на “*open register*,” бродските компании во светот имаат дискреционо право да одберат во кој од отворените регистри ќе се регистрираат како пловни објекти. Регистрацијата *per se* повлекува надлежност и одговорност на државата под чие знаме плови бродот на отворено море. Воведувањето на овој концепт беше тотално оправдано за бизнис секторот, меѓутоа, истовремено од страна на експертите и стручната јавност беше најоспоруваниот концепт во превозничката индустрија. Со оглед на фактот што “*отворените регистри*” се уште се составен дел на превозничката индустрија, јасно е колку е битен интересот на бродските компании во поглед на практикувањето на овој концепт на регистрација.

Како составен дел на меѓународната заедница, земјите членки на ЕУ го прифатија овој концепт, апострофирајќи го значењето на прашањето за „*вистинската врска*“ (*genuine link*) помеѓу бродот и државата како единствен спорен момент во имплементацијата и практикувањето на отворените регистри. Во основа “*genuine link*“ го претставува проблемот на лоцирање на одговорноста за настанатата штета во случај кога бродот плови на отворено море под знамето на една држава, а сопственикот на бродската компанија е трето лице. Токму во овој сегмент се јавуваат и најголемите дилеми и спорни прашања. Имено, бродските транспортни маршрути претставуваат најриичните начини на пренос на стока. Овој начин на транспорт предизвикува бројни штети и загрозувања кои што се рефлектираат на интересите на повеќе категории субјекти, вклучувајќи ги и државите. Следствено се наметнува прашањето: постои ли поделена одговорност во случај на штета помеѓу земјата под чие знаме плови бродот и вистинскиот сопственик на бродската компанија? По кој основ се исклучува одговорноста на пристанишната контрола во случај на задржување на брод поради субстандардни услови на пловење, какво е влијанието на отворените регистри во лоцирањето на одговорноста за настанатата штета, која е одговорноста на државата чие знаме плови на бродот кој поради субстандардни услови ја прекинал пратката на стока до крајната дестинација.

Во истражувањето на ова проблематика констатиравме дека во контекст на прашањето за „отворени регистри“ дилемите што се наметнуваат се однесуваат на одговорноста за еколошка штета, штета причинета врз вработените на бродот (*екипажот или рибарите доколку станува збор за комерцијален рибарски брод*), штетите од пловењето на бродовите со субстандардни услови итн.

Целта на трудот не е да се одговори на сите овие прашања, туку да се изразат сопствените ставови во поглед на влијанието на концептот на „отворени регистри“ врз штетата претрпена врз стоката која се транспортира по основ склучен договор за продажба, да се елаборира влијанието на пристанишната контрола врз бизнис трансакцијата, и да се проучат предностите и слабостите на отворените регистри во меѓународната трговија. Поединечното одговарање на секое од овие прашања ја наметнува потребата од посебни анализи во контекст на ова проблематика поставена на мултидисциплинарно ниво на истражување.

1. КОНЦЕПТОТ НА ДРЖАВАТА НА ЗНАМЕТО СПОРЕД МЕЃУНАРОДНОТО ПОМОРСКО ПРАВО И ПРАКТИКА

Во правната литература и практика терминот „државата на знамето“ го претставува знамето на државата под кое што одреден брод плови во отвореното море. Концептот на „државата на знамето“ е уредено во рамки на Меѓународната конвенција за правото на морето/United Nations Convention on the Law of the Sea (10 December, 1982, *hereinafter* МКПМ/UNCLOS),⁴ каде изречно не е дефиниран овој концепт, меѓутоа каде што член 91 од МКПМ предвидува посебен дел кој што се однесува на „националност на бродовите“. Согласно член 91(1) секоја држава е должна да исполни одредени услови за да стекне националност на сопствените бродови, за регистрација на бродовите на сопствената територија, и за правото да го пловат под нејзиното знаме. Согласно МКПМ, бродовите имаат националност на државата под чие знаме се овластени да пловат. Во постапката за регистрација и доделување на овластување да се плови под знамето на коректна држава, задолжително е постоењето на „вистинска врска“ помеѓу државата на регистрација и бродската компанија. Во контекст на доделувањето на овластување за пловење под знамето на конкретна држава, МКПМ во член 91(2) предвидува дека, секоја држава е обврзана да издаде документ на бродот на кој што му дала овластување да плови под нејзино знаме. Правниот дејство на правото на

⁴http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm, [пристапено на 11.08.2015].

регистрација и пловење под туѓо знаме е условено од издавањето на овој сертификат. Согласно членот 91 (1) и (2), основата на *“државата на знамето”* во контекст на поморското право е *„националоста на бродот“* што ја манифестира врската помеѓу бродот и државата на кој што бродот припаѓа.⁵

Во правната литература се среќаваат повеќе дефиниции за концептот на *„државно знаме“* различни по конструкција, идентични по суштина. Имено, согласно Churchill and Lowe, *“државата на знамето” се подразбира државата која што под определени услови доделила право на одреден брод да плови под нејзино знаме,*” или согласно дефинирањето на Akehurst, *“државата на знамето” е знамето на државата чија што националност ја поседува конкретен брод*“.⁶ *„Државата на знамето“* во контекст на поморското право е дефиниран и на ниво на меѓународна легислатива. Имено, согласно член 2 од Конвенцијата за условите за регистрација на бродови 1986/Convention on Conditions for the Registration of Ships 1986, *“државата на знамето е државата чие знаме се вее на бродот што е регистриран и има овластувањето за тоа.*

МКПМ посебно го уредува прашањето на концептот на *„државата на знамето“*, и последиците од неговата имплементација. Најпрво МКПМ го уредува прашањето за одговорноста на државата под чие знаме плови конкретен брод во поглед на штетата предизвикана од воените или други владини бродови кои пловат со некомерцијални цели. Дополнително, МКПМ ги утврдува обврските кои што произлегуваат од употребата на конкретно државно знаме во отвореното море. На полето на имплементацијата на овој концепт, МКПМ го уредува спроведувањето на овој концепт, и конечно, известувањето на засегнатата држава – државата на знамето, и останатите засегнати држави.

Сите наведени дефиниции јасно ја апострофираат условеноста на *“flag state”* од постоењето на *“отворените регистри/open registers”*. *„Отворените регистри“* се логистика за имплементација на концептот на *„државата на знамето“* во поморскиот транспорт. МКПМ содржи решение со кое се овластува секоја крајбрежна или континентална земја да воспостави регистер кој што ќе послужи како регистрационен центар за бродовите од цел свет. Со воведувањето на можност од регистрација на бродската компанија во која било земја во светот каде што има отворен регистер, сопствениците на бродските

⁵ Припадноста се однесува на авторизацијата, јурисдикцијата на државата на знамето, врз бродот кој што плови под нејзино знаме.

⁶ Akehurst M., A Modern Introduction to International Law, Unwin Hyman, London, 1988, p. 182.

компаниите се позиционираат во една привилегирана позиција, со право да одберат самостојно под кои правен режим ќе циркулира нивниот брод.

Со воведувањето на ова можност, бродските компании почнаа да воспоставуваат практика на регистрирање на сопствените бродови во регистрите што се најповолни за нив, односно со најлиберален правен режим. Либералноста во контекст на регистрацијата на бродовите значеше користењето на полибералната фискална политика и услови за циркулирање на бродот на отворено море. Условите за работа на бродот не се однесуваа само на состојбата во која пловат бродот, туку и на условите за работа на бродот кои што ги создаваше сопственикот во согласност со меѓународната регулатива.

Како последица на ова практика, бројни регистри ширум светот беа отворени дури и од страна на земјите кои што не излегуваат на море (континенталните земји). Во контекст на ова, за кратко време „отворените регистри“ во Панама, Либија, Маршалските острови итн. станаа најексплоатирани центри за регистрација на бродските компании ширум светот. „Отворените регистри“ во Панама, Либија, Маршалските острови итн., им овозможиле на бродските компании да ги користат регистрите со најголем комодитет за бродските компании.

Под влијание МКПМ и воспоставена практика, во современите услови на одвивање на поморската трговија постојат бројни грчки, италијански, американски бродови кои што пловат под знамето на Панама, Либија, дури и континентална земја. Постепеното воспоставување на ова практика, и согледувањето на последиците од истата, придонесе кон создавањето на бројни критички статии и контроверзни прашања врзани за оправданост на регистрирање на бродските компании во отворени регистри. Постепено во академските истовремено и во стручните кругови концептот на „државата на знамето“ се замени со „знаме на подобност.“ Последново во смисла на фактот што се создава практика на регистрација на бродовите во регистрите што најмногу им одговараа на сопствениците на бродовите. За противниците на концептот на „државата на знамето“ овој концепт претставуваше само можност да се злоупотреби меѓународниот императивен поредок за стандардизирање на бродовите и заштита на животната средина. И покрај ова, бизнис секторот во светот ја перципираа како атрактивна ова можност.⁷

Почетоците на концептот на “знамето на подобност” *flag of convenience* се врзуваат за употребата на шпанското знаме од страна на Британските трговци со цел да ја избегнат шпанската монополска рестрикција во трговијата

⁷ <http://shippinglawtimes.blogspot.mk/2007/12/evolution-of-flags-of-convenience.html>,
[пристапено на 16.08.2015].

со Западна Индија.⁸ Како типичен пример кога станува збор за почетоците на “*flag of convenience*,” во правната литература се среќава примерот на Британскиот рибар кој што го прикачил Француското знаме со цел ги избегне Британските рестрикции од Британската Влада.⁹ За кратко време после согледувањето на можностите за избегнување на законските регулативи во секој од националните правни системи, во превозничката индустрија се создаде практика на регистрирање на бродовите во државите кои имаат најлиберална регулатива во поглед на стандардите што треба да ги исполнуваат бродовите. Најголемите бенефиции за бродските компании произлегуваат од можноста да не ги исполнуваат критериумите во поглед на условите за работа на бродот, состојбата на бродот од аспект на повреда на правата на животната средина, стандардите кои бродовите треба да ги исполнуваат во поглед на реализирањето на соодветните транспортни маршрути итн. На овој начин се создаде практика на регистрација на бродовите во отворените регистри на државите кои што имаат најлиберален правен режим во поглед на сите овие критериуми и стандарди.

Независно од бројните меѓународни конвенции, директиви и регулативи на ЕУ, практиката покажа дека отстапките на бродовите регистрирани во Панама, Либерија и останатите отворени регистри, се далеку поголеми во однос на Германија, Швајцарија, Норвешка итн. Како последица на тоа се двете катастрофи кои се случија со Erika and Prestige, што претставуваше аларм за цела Европа.¹⁰ Имено, после потонувањето на Erika and Prestige, беа направени огромни штети врз животната средина, при што се актуализираше прашањето за оправданоста на “*flag of convenience*” vis-à-vis материјалните штета предизвикана врз еколошката средина.¹¹ Бројни дебати, конференции на ова проблематика се организираа во интерес на оспорувањето на концептот во однос на заштитата на животната средина, и бројни други прашања од трудово правна димензија.¹² Сепак, “*flag of convenience*” останува да функционира во

⁸ FEBIN A.K., National University of Advanced Legal Studies, Cochin, India, Evolution of flags of convenience, shipping law notes, 2007.

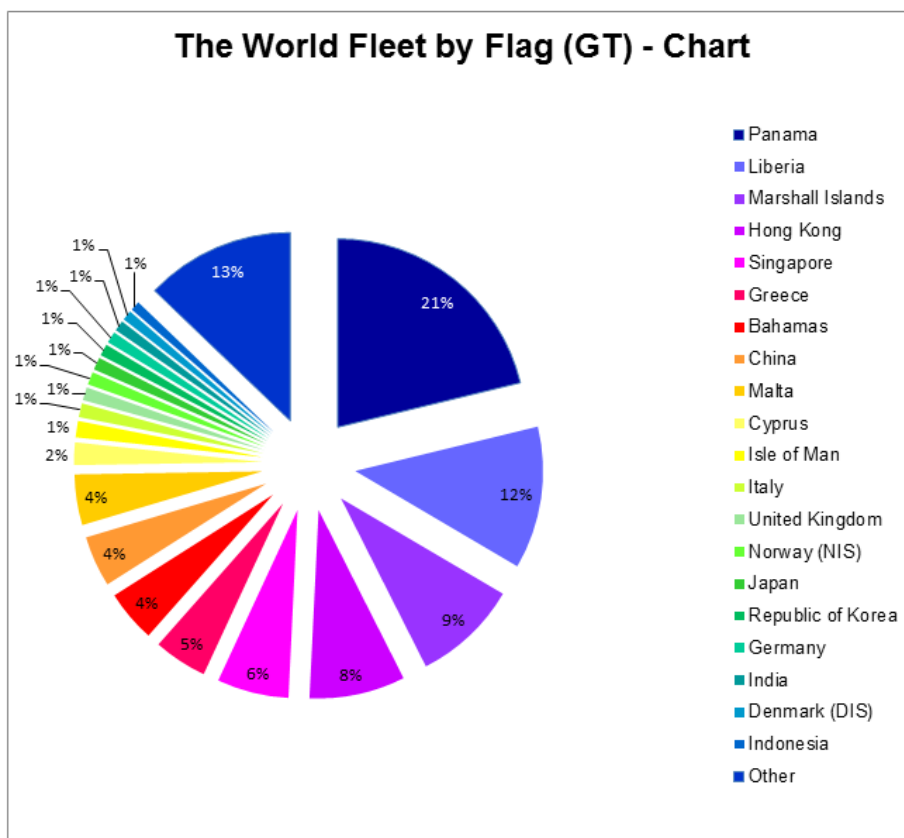
⁹ <http://www.irishtimes.com/news/fischler-urged-to-tackle-flags-of-convenience-issue-1.244991>, [пристапно на 12.08.2015].

¹⁰ Garcia R., The Prestige: One year on, a continuing disaster, 2003, p. 11.

¹¹ Види повеќе: Wetterstein P., Environmental Impairment Liability after, Stockholm Institute for Scandianvian Law 1957-2010, p. 230.

¹² Во контекст на ова проблематика, а во интерес на заштитата на животната средина и заштита на човековите права е реализацијата на проектот насловен како Legal aspects of maritime safety and security (MARSAFENET) во склоп на COST Action

целосен капацитет, генерирајќи бројни дилеми и компликации посебно во делот на определувањето на одговорноста во случај на штета. И покрај бројните еколошки катастрофи, спорни прашања и дилеми, во најсовремените услови на реализирање на транспортните трансакции, се уште состојбата е *status quo*, барем во телот на практиката.



Source: UNCTAD Review of Maritime Transport, 2014

Сликата е преземена од преглед на Конвенцијата за поморско право на ООН за трговија и развој од 2014 година

2012-2016. Види повеќе: http://www.cost.eu/COST_Actions/isch/IS1105,
[пристапено на 09.09.2015].

2. ПРАВНИОТ РЕЖИМ НА КОНЦЕПТОТ НА ДРЖАВАТА НА ЗНАМЕТО СПОРЕД МЕЃУНАРОДНА КОНВЕНЦИЈА ЗА ПРАВОТО НА МОРЕ

МКПМ е плод на подолгогодишно согледување на проблемите, дилемите, споровите кои се однесуваат на правото на морето, а кои согласно United Nations Conferences on the Law of the Sea held at Geneva in 1958 and 1960 останала како нерешени и комплицирани во поглед на современата транспортна индустрија и трговија.¹³

Во рамки на текстот на конвенцијата, земјите потписнички тргнаа од потребата да се имплементираат принципите содржани во Резолуцијата 2749 (XXV) of 17 December 1970 in which the General Assembly of the United Nations, уредувајќи го правниот режим на територијалните, внатрешните води, и водите на отворено море. Токму отвореното море е подрачјето кое е во тесна врска со концептот на *“Flag state”* и заштита на принципот на слободно море. Овие одредби од МКПМ се однесуваат на сите делови од морето освен ексклузивната економска зона, територијалните води, внатрешните води и водите од архипелагот. Тргувајќи од овие решенија на конвенцијата, од исклучително значење е утврдувањето на правниот режим на одговорност и надлежност на државите врз пловните објекти кои што поатуваат под нивно знаме. Имено, согласно МКПМ, земјата под чие знаме плови одреден бродот е должна да има целосна контрола врз состојбата на бродот и условите за работа во рамки на истиот. Попрецизно, со преземањето на одговорноста за состојбата на бродот, државата под чие знаме плови бродот *in concreto*, е надлежна за сите праша кои ќе се јават како спорни за време на реализирањето на транспортната маршрута.

За државите потписнички на конвенцијата овие обврски изречно произлегуваат од член 94 од UNCLOS во делот именуван како *„обврски кои произлегуваат од употребата на државата на знамето“*. Во ова смисла, секоја држава е должна ефикасно да ја спроведува својата надлежност/јурисдикција и контрола во административните, техничките и социјалните прашања во бродот кој што плови под нејзиното знаме. Посебно, секоја држава е обврзана да: (а) води регистар на бродови во кои се содржани имињата и деталите на бродовите што пловат под нивното знаме, освен оние кои што се исклучени од генерално прифатените меѓународни правила по основ

¹³ Entry into force on 16 November 1994 in accordance with article 308 (1), Registration: 16 November 1994, No. 31363, Status: Signatories: 167. Види повеќе за постапката за ратификација на конвенцијата за МКПМ/UNCLOS: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mdsg3&lang=en#1, [accessed on 11.09.2015].

на нивната мала големина; (б) презеде надлежност согласно внатрешното право над секој брод кое што го вее сопственото знаеме и над капетанот, службениците и екипажот одговорни за административните, техничките и социјалните прашања кои се однесуваат на бродот. Секоја држава треба да ги преземе соодветните мерки на бродот што патува под нејзиното знаме во поглед на обезбедувањето на сигурност на море, со акцент помеѓу другото на:

(а) *Изградбата, опремата и безбедноста на бродот;*

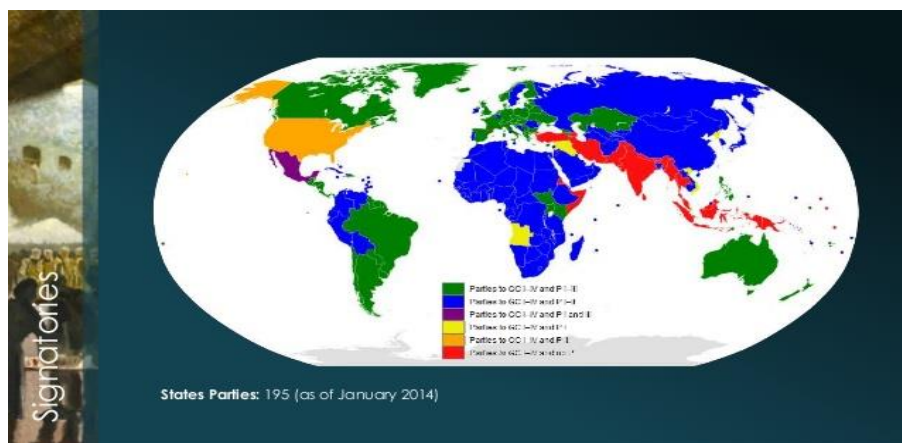
(б) *Кадровското екипирање на бродот, работните услови, обуката на екипажот, земајќи ги предвид важечките меѓународни инструменти;*

(в) *Употреба на сигнали за одржување на врски и превенција на судири.*¹⁴

Покрај изречно наведените услови под кои одговараат државите под чие знаме плови бродот со субстандардни услови за работа, МКПМ содржи изречни одредби преку што ја апострофира одговорноста на државата во случај на отстапка на воените бродови во поглед на стандардите за пловење од МКПМ. Во контекст на ова, во чл. 31 предвиден е дел кој што се однесува на одговорноста на државите за штетата предизвикана од воените бродови или други владини бродови што пловат во некомерцијални цели и тоа: државата под чие знаме плови воениот или друг владин брод за некомерцијални цели, ако кој што не кореспондира со меѓународното право и регулатива од аспект на условите и стандардите за работа, има целосно одговорноста за направената загуба или штета на крајбрежните држави.¹⁵

¹⁴ Според МКПМ, делокругот на мерки за кои што е надлежна државата под чие знаме плови одредено превозно средство е се однесува и на: секој брод пред регистрацијата и после регистрацијата во соодветни временски интервали е предмет на испитување од страна на „квалификуван супервизор за бродски стандарди,“ а на бродот има табели, наутички публикации, навигациона опрема и инструменти кои се соодветни за безбедна навигација на бродот. Секој брод е во надлежност на капетанот и офицерите кои поседуваат соодветни квалификации, особено во морепловството, навигацијата, комуникацијата и морскиот инженеринг. Конечно дека екипажот по квалификации и број на бродот е соодветен за големината, видот, машините и опремата на бродот (член 94, 1/2/3/4 (а),(б),(в) од МКПМ).

¹⁵ Со цел да се зачува автономијата на воените бродови, независно од ова решение во МКПМ, во член 95 во делот - *Immunity of warships on the high seas/имунитет на воените бродови на оторено море*, изречно е нагласено дека *воените бродови на отворено море имаат целосен имунитет од јурисдикцијата на која било друга држава освен државата под чие знаме плови бродот.*



Сликата е преземена од www.slideshare.net, [пристапено на 19.09.2015]

3. ВЛИЈАНИЕТО НА КОНЦЕПТОТ НА ДРЖАВАТА НА ЗНАМЕТО ВРЗ ЗАШТИТАТА НА ПОМОРСКАТА СРЕДИНА

Концептот на „државно знаме“ е во тесна врска со заштитата на животната средина во меѓународното поморско право. Во делот на безбедност и сигурност на море, заштитата на животната средина е еден од приоритетите на обединетите нации. Во насока на ова е значењето на прашањето за одговорноста на државата под чие знаме плови бродот, за штетата предизвикана во отвореното море. МКПМ во делот *поморска средина/maritime environmental*, изречно ги предвидува обврските за „држаното знаме“ кои се однесуваат на задолжителноста во исполнувањето на меѓународните стандарди уредени во меѓународните регулативи. Во насока на ова, МКПМ во чл. 217/1 предвидува дека државите се должи да обезбедат усогласеност на условите на оперирање на бродовите кои што пловат под нивно знаме, со меѓународните правила и стандарди воспоставени од страна на надлежните меѓународни организации или генерални дипломатски конференции, како и со прописите усвоени во Конвенцијата за спречување, намалување и контрола во загадувањето на морската средина. Државите потписнички на МКПМ се обврзуваат да обезбедат ефикасна примена на овие прописи и стандарди, независно од тоа каде се јавува повреда на регулативата.

Во насока на обезбедување на континуирано почитување на стандардите и регулативите, МКПМ ги обврзува државите потписнички на поседување соодветен сертификат издаден од страна на надлежно тело, со кое се потврдува потребната состојба на бродот (МКПМ, чл. 217/2). Овие решенија од МКПМ се

во насока на обезбедување на опстанок на „отворените регистри“, а со цел манифестирање на сигурноста на бродовите евидентирани во „отворените регистри“ за време на пловењето во отвореното море. Водејќи сметка за одржување на нивото и состојбата на бродовите согласно меѓународно признаениот правен режим, МКПМ предвидува императивна одредба во делот на меѓународната соработка за сузбивање на неосоодветноста на бродовите со утврдените стандарди чиста животна средина и соодветни услови за работа на бродовите. Имено, секоја држава која ќе процени дека конкретен пловен објект отстапува од стандардите има право да се обрати до државата под чие знаме плови бродот, со цел да започне постапка за утврдување на условите и состојбата на бродот. За преземените мерки и активности, државата задолжително ги известува компетентните меѓународни организации. Последниве во интерес на обезбедување на безбедна и сигурна поморска средина промовираат преземање соодветни мерки во интерес на обесхрабрување на прекршувањата од страна на бродските компании (чл. 2017/6/7/8).

МКПМ претставува суштествената меѓународна правна рамка за обезбедување на сигурноста и безбедноста на море. Сепак, збиднувањата во последните децении (*случаите на пропаѓање на бродот Erika и Prestige*) манифестираат потреба од дополнителна интервенција во поглед на зачувувањето на поморската средина. Во интерес на ова прашање во рамки на ЕУ донесена е *Directive 2009/16/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on port State control*/Директива 2009/16 на Европскиот Парламент и Совет за пристанишната контрола.¹⁶ Под режимот на ова директива, пристаништата имаат надлежност да ги задржат бродовите кои што отстапуваа од стандардите и условите за оперирање на отворено море и условите за работа предвидени согласно режимот на МОТ. Базирајќи се на договорот за функционирање на ЕУ¹⁷ и член 80(2) ЕУ ја усвои директивата давајќи ингеренции на пристаништата во делот на инспекцискиот систем на контрола. Во насока на прашањето за имплементацијата и применливоста на ова директива вредни да се апострофира фактот дека ова директива не се однесува на рибарските бродови.¹⁸ Директивата се однесува секој брод и

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32009L0016>, [пристапено на 17.09.2015].

¹⁷ http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_en.htm, [пристапно на 17.09.2015]

¹⁸ Како дел од земјоделската политика на ниво на ЕУ, рибарењето и заштитата направата на рибарите во комерцијалните бродови претставува прашање од исклучително големо значење. Фактот што примената на е *Directive 2009/16/EC*

неговиот екипаж кој што се закотвуваат во пристаниште на земја членка. Пристаништата се овластени да вршат контрола на бродовите за кои процените дека претставуваат ризик за реализирање на транспортната маршрута до крајната дестинација. Овој концепт на заштита на животната средина претставува дополнување на концептот на „државно знаме.“ Во контекст на ова интересен е фактот што директивата не ги исклучува од примената комерцијалните бродови.

Задржувањето на комерцијалните бродови во случај на постоење субстандардни услови за транспорт, не само што претставува ризик за поморската средина, туку истовремено го отвара и прашањето: *кој е одговорен за настаната штета поради одложувањето на пратката, расипувањето на стоката, продаднатата зделка итн.* Иако јасно е дека одговорноста за надомест *in concreto* зависи од вината на една од договорните страни (*продавачот или купувачот*), земајќи го предвид правото на регрес на страната која го ангажирала превозникот, и фактот дека за недостатоците на бродот (*субстандардни услови на оперирање*) е одговорна и државата под чие знаме плови бродот, се комплицира правото на надомест на штета. Имено, во случај кога испораката на стока на крајната дестинација ќе се одложи поради задржување на бродот во некое од пристаништето на транспортната маршрута, купувачот претрпува штета поради задоцнетото стигнување на пратката, или поради неможноста на исполнување на обврската што ја презеле во последователна трансакција со трето лице.¹⁹

Во лоцирањето на одговорноста за настанатата штета во случај на задржување на субстандарден брод во некое од пристаништата на транспортната маршрута. Имено, во случај на штета поради задоцнето

of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on port State control е исклучена од рибарските бродови укажува на исклучителната важност на ова прашање. Истото е предмет на уредување со посебна директива која што се однесува на заштита на исклучително битен сектор за економијата во ЕУ. Директивата не се однесува и на владините и воени бродови кои пловат за некомерцијални цели.

¹⁹ Купувањето стока за време на нејзиниот поморски транспорт (за време додека стоката физички се наоѓа на бродот) е воспоставена деловна практика во поморската трговија. Во функција на реализирање на овој начин на купување на стока (во физичко отсуство на стоката), е создавањето на коносманот-товарен лист во поморскиот транспорт, со својство на хартија од вредност, и што е најбитно со статус на сопственички документ. Правна претпоставка е дека субјектот што го поседува овој документ е сопственик, односно има легитимно право на правото инкорпорирано (запишано) во документот/коносманот.

испорачување, се поставува прашањето каква е одговорноста на државата под чие знаме патува бродот кој што има субстандардни услови. Факт е дека купувачот на стоката ќе има право да бара обештетување од страна на продавачот или превозникот,²⁰ меѓутоа се поставува прашањето дали државата која што била надлежна (*имала целосна контрола/јурисдикција*) за бродот и условите на негово оперирање, е одговорна за настаната штета и по кој основ. Факт е дека бродот е задржан од страна на пристаништето и дека има штета, истовремено факт е дека штетата настанала поради задржувањето на бродот од страна на пристаништето. Меѓутоа, пристаништата како тела со јавно-правни овластувања, иако го задржале бродот и како резултат на тоа задоцнила пратката, отсуствува противправноста во нивните дејствија. *Пристаништата дејствуваат во рамките на своите овластувања како тела со јавно правни овластувања.* Оттука, нема противправност и нема одговорност на нивна страна. Дилемата е дали и каков концепт на одговорност постои на страната на државата под чие знаме плови бродот со субстандардни услови.

In concreto, во случај кога бродот со субстандардни услови за оперирање ќе причини штета врз купувачот, одговорноста паѓа на превозникот, *дали и каква одговорност има државата под чие знаме плови бродот?!*

а. Одговорноста според концептот на државата на знамето во рибарскиот сектор и влијанието на пристанишната контрола

Европската рибарска политика е дел од заедничката земјоделска политика (*земјоделство, рибарање и стандард на квалитетна храна*). Во последната деценија на 21 век и овие два сектора претрпеа бројни промени. Под влијание на светската криза, еколошките катастрофи, земјоделската и рибарската политика како посебен сегмент, претрпеа бројни реформи како во поглед на правиот режим на спроведување, така и во поглед на економските аспекти на реализирање. Базично, овие промени се однесува на поголемото учество на стејхолдерите во сите аспекти на политичкиот развој и промени во правната регулатива на одвиѓањето на поморскиот транспорт. Сепак, европската рибарска политика е атрактивна од повеќе аспекти. Генерално ова политика секогаш се доведува во врска со комерцијалните ефекти од оперирањето на

²⁰ Превозникот одговара за штетата врз стоката во случај кога тој издал чист коносман, што значи дека во моментот на товарањето, стоката била согласно договореното. Следствено, за секое отстапување од состојбата на стоката која била утврдена во договорот, е одгоорен превозникот како резултат на тоа што стоката била под негова физичка контрола (*владение*).

рибарските комерцијални бродови. Сепак, во контекст на прашањето за влијанието на концептот на „државата на подобност,“ како исклучително битно се поставува прашањето за работните услови на комерцијалните бродови и тоа: хигиена, медицинска грижа, квалитетот на храната, условите за спиење итн. Ова проблематика е тесно поврзана со бројни други прашања кои директно се одразуваат на глобалниот економски раст и развој.

Од друга страна, условите за работа на комерцијалните бродови за рибарење се условени од општите услови за работење на бродовите. Големи се бројките за загинали работници за време на спроведувањето на поморски транспортни маршрути. Европската Унија посветува исклучително големо внимание на ова проблематика. Имплементирањето на ова политика придонесе кон усвојувањето на неколку директиви и регулативи. Во насока на ова е и Директивата на советот од 1993 која што се однесува на обезбедувањето на минимум безбедност, сигурноста и работни услови на бродовите/Council directive 93/103/EC of 23 November 1993 concerning the minimum safety and health requirements for work on board fishing vessels (thirteenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC).

Понатаму, Директивата на советот од 1997 година која предвидува унифициран правен режим за рибарските бродови поголеми од 24 метри во должина.²¹ Фокусот на сите наведени директиви и регулативи беа да се превенираат катастрофите кои што се однесуваат на потонувањето на бродовите, меѓутоа истовремено и кон жртвите во комерцијалните рибарски бродови. Покрај ова, за ЕУ посебна надеж претставуваше пристанишната контрола насочена кон рибарските бродови. Имено, пристанишната контрола се воспостави преку усвојувањето на повеќе меѓународни инструменти почнувајќи од 1982 година, а посебно после 1995 година.

Сите усвоени релевантни инструменти беа фокусирани на улогата на пристанишната контрола индивидуално, или преку регионалните тела за заштита на рибарската политика. (“RFBs”). Како најсоодветно дополнување се перцепираше улогата на Парискиот меморандум за соработка (MOUs).²² Во Март 2005, the FAO Committee on Fisheries (“COFI”) го одобрија моделот на мерки на пристаништата во интерес на спречување на илегалното, нерегуларното и непријавеното рибарење (“FAO Model Scheme”).²³ Иако беа

21 Council directive 97/70/EC of 11 December 1997 setting up a harmonised safety regime for fishing vessels of 24 meters in length and over [пристапено на 18.09.2015].

22 <https://www.parismou.org/>, [пристапено на 21.09.2015].

23 Swan, J.,(2006). “Port State Measures to Combat IUU Fishing: International and Regional Developments.” Sustainable Development Law & Policy, Fall, p. 38-43, 82-83.

темална елаборација на ова прашање, компаративно погледнато, пристанишната контрола за кратко време се перцепираше како најдоосветен модел на превенција согласно со природата и целта на заштита од негативните рефлексии на концептот на „*знамето на подобност*“.

Конечно, договорот помеѓу социјалните партнери и Комисијата од 21 Мај 2012 што се однесуваше на имплементацијата Конвенцијата за работа во рибарањето/Work in Fishing Convention (2007), во надлежност на Меѓународната организација на трудот одигра клучна улога. Во контекст на ова, Комесионерот Марија Даманаки ќе истакне:²⁴ " Овој договор е клучен чекор за земјите членки да создадат праеноснов за подобрување на условите за работа на рибарските бродови во Европа. Ова во принцип се однесува на сите рибарски бродови вклучувајќи ги и мултинационалните. Овој договор ги поврзува владите на земјите членки да ги подобрат условите за работа на рибарските бродови. Согласно Европската рибарска политика, владите преку пристанишните контроли нужно мора да водат сметка за условите за работа на рибарските бродови.

4. ЗНАМЕТО НА ПОДОБНОСТ СПОРЕД ЕВРОПСКОТО ПРАВО И ПРАКТИКА

„Практиката на имплементирање на „знамето на подобност“ каде што сопствениците на бродовите ги регистрираат своите пловни објекти надвор од нивната држава, со цел да ги избегнат императивните регулативи и контроли, претставува сериозно зло во современиот поморски свет.“ Франц Фишлер, Комесар во ЕУ (2002).²⁵ Ваквата перцепција за концептот на „*знамето на подобност*“ е широко прифатена во рамки на Европската Унија. Сепак, и покрај ова, економските интереси се супериорни во однос на заштита на животната средина и останатите повреди на правната регулатива. Во контекст на ова во 2009 година на ниво на ЕУ усвоена е “Directive 2009/21/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on compliance with flag State requirements.”²⁶ Директивата која го уредува прашањето за „*знамето на подобност*“ помеѓу државите членки на ЕУ, има јасно утврдена цел и тоа: да се обезбеди поголема сигурност во имплементацијата на „знамето на подобност“,

²⁴ http://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/damanaki/index_en.htm,
[пристапено на 21.09.2015].

²⁵ Rodríguez R.B., Flags of convenience regulation within the European union and its future on international trade, No. 11, Julio-Diciembre de 2011, pp. 15-29.

²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:tr0020>, [пристапено на 11.09.2015].

да се апострофира одговорноста на државите во подобрувањето на поморската безбедност и сигурност, и превенција од загадување од страна на бродовите кои што пловат под некое од знамето на државите членки.

ЕУ има богата судска практика и искуство што се однесува на правилното имплементирање на концептот на „знамето на подобност.“²⁷ Во насока на ова е еден од најпознатите истовремено и најконтраверзни случаи на примена на „знамето на подобност“ во рамки на ЕУ. Имено, со пресуда од 18 Мај 1989 година, горниот дом на парламентот во Британија се обрати со претходно прашање до Судот на правда на ЕУ (*во понатамошниот текст СПЕУ*). Прашањето се однесуваше на член 177 од договорот за европската економска заедница и интерпретацијата на европското право во однос на прашањето за обемот на ингеренции на националните судови во поглед на привремено ослободување за права што треба да се остварат согласно Европското право. Претходното прашање за СПЕУ произлезе од постапката започната против секретаријатот за транспорт на Велика Британија од страна на Factortame Ltd и други компании регистрирани под правниот режим на Британија. Тужбата беше поднесена и од страна на директорите и акционерите на тие компании, при што најголем дел од нив беа со Шанска националност (*жалители во главната постапка*). Компаниите тужители биле сопственици на 95 рибарски бродови регистрирани во регистрот во Британија согласно Законот за поморска трговија (*Merchant shipping act*) од 1984 година.²⁸ Во 1988 и 1926 година системот на регистрација на бродови и други пловни објекти на Британија претрпел значајни статутарни измени во Законот за поморска трговија од 1984 година.²⁹

²⁷ Judgment of the Court of 19 June 1990. The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others. Reference for a preliminary ruling: House of Lords - United Kingdom. Rights derived from provisions of Community law - Protection by national courts - Power of national courts to grant interim relief when a reference is made for a preliminary ruling. Case C-213/89.

²⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/57-58/60/contents>, [пристапено на 04.08.2015].

²⁹ Суштината на измените и дополнувањата на Законот за поморска трговија биле во насокана спречување на таканаречената кражба на риби од страна на бродски компании кои што пловат под Британско знаме, а немаат никаква врска со Британија. Во насока се ова се промените во: Вториот дел од Законот за поморска трговија - Merchant Shipping Act 1988 and the Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations 1988 (SI 1988, No 1926).

Со цел да се наруши претходно воспоставената состојба во бродските регистри, според новите измени потребено било да се направи пре-регистрација на претходно регистрираните пловни објекти. Сепак, условите за пререгистрирање и за прво регистрирање биле идентични. Имено, согласно измените од 1988 за регистрирање на пловен објект во Британски регистар нужно било сопственикот на бродот да биде Британец, или 75 % од капиталот на бродската компанија да биде Британски. Со ова решение пазарот на шпанските комерцијални рибарски бродови бил затворен. За нив ова претставувало повреда на договорот за европска економска заедница, истовремено и поврада на правото на настанување во смисла на Европското право.

После неколкуте постапи пред долниот дом и горниот дом од парламентот, прашањето се отвориле пред СПЕУ кој што истакнал дека има повреда на правото на ЕУ, и дека во духот на Европското право е да се обезбеди слобода на основање (*регистрација*) во отворените регистри на земјите членки.

СПЕУ го толкувал правото на слободно настанување на компаниите во смисла и на слободата на регистрирање на бродовите во „отворените регистри.“ Ова пресуда и бројните контроверзии околу неа се последица пред се на тоа што прашањето има економско-политичка димензија, што треба да се реши низ призмата на правната норма. Конфликтот на интереси на Британија и Шпанија низ призмата на „*знамето на подобност*“ и ингеренциите на парламентарното право на Британија во однос на Европското хумунитарно право отворија и повеќе прашања со акцент на економските интереси.³⁰ *In concreto*, тука не стануваше збор за заштита на животната средина од загадување, меѓутоа покажа една поинаква димензија на прашањето за „*знамето на подобност*,“ што беше во прилог на застапниците на теоријата за неоправданоста на „*државата на подобност*.“

³⁰ Водејќи се од своите економски интереси, и согласно Европскиот правен режим, Британците овозможиле регистрација на бродови што реално немаат никаква врска со Британија. Меѓутоа, конкретно Шпанците при ловењето се фокусираа на риба што за Британските потрошувачи воопшто не беше атрактивна. Од друга страна, постоеја типови на риби кои што за Британската популација се исклучително атрактивни. Следствено, промените на Британската Влада во делот на рибарската политика и односите со Шпанија. Види повеќе за ова: Arangonès J. J., *Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame Ltd.: The Limits of Parliamentary Sovereignty and the Rule of Community Law*, Fordham International Law Journal, Volume 14, Issue, 3 article 8, 1990, p. 778.

ЗАКЛУЧОК

Проблематика на „државата на знамето“ или во правната теорија и литература во негова пежоративна смисла познато како *знамето на подобност*, е во тесна врска со бројни и разновидни прашања од широки државно политички и економски интереси. Во елаборирањето на концептот и одговорноста на „државата на знамето“ преку анализа на теоретските концепти, меѓународните конвенции и практиката на Европскиот суд на правда, констатиравме дека на ова поле на меѓународното транспортно право претстојат нови и се поголеми преврирања врзани за одредувањето на одговорноста на субјектите во ланецот на права и обврски од секојдневните транспортни маршрути.

Во елаборацијата на теоретските концепти и преку анализа на случајот *Factortame Ltd and others - Reference for a preliminary ruling: House of Lords - United Kingdom*, констатиравме дека постои супериорност на бизнис интересите во однос на интересите на здравата и чиста животна средина и заштитата на трудово правната димензија во поморското право. Земјите членки на ЕУ истовремено и останатите земји во светот комплетно свесни за недостатоците на системот се фокусираат на подобрувањето на меѓународната регулатива, и го промовираат имплементирањето и ратификувањето на конвенциите со интерес на редуцирање на отстапките во однос на бродовите и пловните објекти *versus* условите за работа предвидени во меѓународно правниот режим. Во низата инструменти за редуцирањена на негативните рефлексии исклучително важно место зазема концептот на пристанишната контрола и суперизија на условите за работа во бродските компании. Во одредена мерка пристанишната контрола превенира ситуации на еколошки и економски катастрофи, меѓутоа реално во истражувањето на материјалите што ни беа на располагање како исклучително битно ни се наметна прашањето за штетата од субстандардните бродови причинети врз меѓународните трговски трансакции, во случај кога јасно е дека државата под чие знаме плови бродот отстапила од меѓународната регулатива за бродските регистри. Во интерес на редуцирање на овие проблеми како спорени истовремено и контроверзни се наметнаа прашањата: дали се зголемат ингеренциите на државите под чие што знаме пловат бродовите, односно дали да се зголеми одговорноста на „отворените регистри“ во поглед на почитувањето на меѓународните регулативи, стандарди и практики, или да се зголеми надлежноста на пристанишната контрола како *modus operandi* за подобрување на безбедноста во поморските површини.

Од теоретската анализа констатиравме дека зголемувањето на ингеренциите на пристанишните контроли само во одредена мерка ќе

придонесе кон подобрување на состојбата. Клучниот проблем е во обврзувањето на државите да се усогласат со меѓународните регулативи без отстапки во ниту еден сегмент од транспортните маршрути. „Отворените регистри“ во целост да кореспондираат со сетот на меѓународно правни правила како би се создало поле за еднакво третман на сите бродски компании. Ваквите мерки во одредена мерка ќе придонесат и кон редуцирање на можност за дискриминирање на приватните компании задржани во пристаништата, во случај кога бродските компании се во сопственост на субјекти чии капитал потекнува од различни држави. Сепак, ова е само еден сегмент од проучувањето на ова прашање. Во истражувањето на ова проблематика ни се наметнаа бројни спорни прашања, што е причина за понатамошна темелна анализа. Како стожерно на полето на ова проблематика, стои фактот што Европа и светот конечно го сфатија значењето на ова прашање врз скоро сите сегменти на меѓународното право.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Научни и стручни трудови:

- Goodman, Camille Jean --- "The Regime for Flag State Responsibility in International Fisheries Law - Effective Fact, Creative Fiction or Further Work Required?" [2009] ANZ Mar Law JI 16; (2009) 23(2) Australian and New Zealand Maritime Law Journal 157, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ANZMarLawJI/2009/16.html>;
- Schatz Valentin J., Combating Illegal Fishing in the Exclusive Economic Zone – Flag State Obligations in the Context of the Primary Responsibility of the Coastal State, Go JIL Vol. 7, No. 2 (2015).
- Garcia R., The Prestige: One year on, a continuing disaster, Official report from marine officer, WWF Spain, 2003;
- Rodríguez R.B., Flags of convenience regulation within the European union and its future on international trade, No. 11, Julio-Diciembre de 2011;
- Wetterstein P., Environmental Impairment Liability after, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1957-2010;
- Akehurst M., A Modern Introduction to International Law, Unwin Hyman, London, 1988;

- Febin A.K., National University of Advanced Legal Studies, Cochin, India, Evolution of flags of convenience, shipping law notes, 2007;
- Swan, J., Port State Measures to Combat IUU Fishing: International and Regional Developments.” Sustainable Development Law & Policy Fall, 2006;
- Takei Y., Institutional Reactions to the Flag state that has failed to discharge flag state responsibility, Netherlands International Law Review, 2012.
- Arangonès J. J., Regina v. Secretary of State for Transport Ex Parte Factortame Ltd.: The Limits of Parliamentary Sovereignty and the Rule of Community Law, Fordham International Law Journal, Volume 14, Issue, 3 article 8, 1990.
- Proposal for guidelines on the Flag state inspection of working and living conditions on board fishing vessels, For discussion at the Meeting of Experts to Adopt Flag Stat Convention, 2007 (No. 188) (Geneva, 21–25 September 2015).

Меѓународно прописи

- Directive 2009/16/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on port State control, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32009L0016>,
- Directive 2009/21/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on compliance with flag State requirements, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32009L0021>,
- United Nation on the Law of the Sea, 1982, http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm,
- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12012E/TXT>.
- United Nations Conferences on the Law of the Sea held at Geneva in 1958, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en#1.

ENTREPRENEURIAL CAPITALISM IN SOUTHEASTERN EUROPE: IS THERE A PROGRESS?

Ružica Šimić Banović

Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia

e-mail: ruzica.simic@pravo.hr

Abstract

This paper seeks to assess the advancement of SEE states on their way towards entrepreneurial capitalism. The analysis focuses on the business environment perspective. While mostly exploring the intangible issues it argues that entrepreneurial climate in SEE is influenced by a distinctive and still ambiguous capitalist model. Roles and expectations of the state, employers and employees need to be revised in order to bring that model closer to capitalism in its basic terms or make it sustainable at least. Many barriers found can be affiliated with the key features of the political capitalism model, an antonym to entrepreneurial capitalism, that was present in the former Yugoslavia before the 1990s and its traces still seem to be apparent. It also fosters the unrealistic expectations of ordinary East Europeans that can be explained by Kornai's (2009) "institutional shopping". This situation leads to an unsustainable welfare state that seems to be promised by transitional governments, but their real behaviour is best portrayed by the (severe) "grabbing hand" model (Schleifer & Vishny, 1999). State dominance despite its low capacity is overwhelmingly present and it is tacitly supported by collectivist culture.

Keywords: *entrepreneurial capitalism, post-socialist transition, Eastern Europe, business environment*

Introduction

At the beginning of transition Croatia was among the countries with the best starting conditions for successful transformation to a capitalist economy. Market elements of the selfmanaged socialism certainly contributed to its advanced starting position. Yet, twenty plus years after, Croatia is lagging behind most of the comparable, former centrally planned, East European countries that in the meantime became EU members. The 1991-95 war instability, as the reason for the economic backwardness, seems to be overused by now. Despite the emphasis on economic

transformation, wider socio-political context needs to be explored in order to explain the legacy, the existing issues and perspectives. Croatia with a reflection on former Yugoslav republics appears to be an illustrative case of a failed straightforwardness from self-managed socialist towards pure capitalist model. This paper attempts to identify the existing varieties of capitalism that are most appropriate for analysis, and further depict the specifics of SEE capitalism and the progress on the way towards its targeted (or at least initially expected) model.

The paper is structured as follows. Section 2 presents the importance of transition as a context for change and provides a brief overview of a capitalist and a socialist system. Section 3 pinpoints the main features of the (South) East European capitalism with an emphasis on the contrast of entrepreneurial and political capitalism. Business environment of SEE transitional countries is portrayed in Section 4. The last Section concludes the analysis.

1. Post-socialist transition as a context

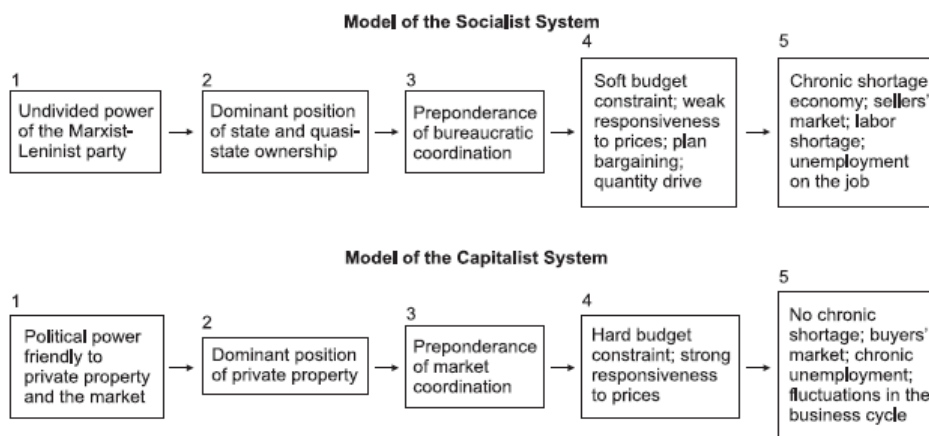
The post-socialist transition in Central and Eastern Europe, China and Vietnam is considered to be a fundamental change in recent decades (King, 2002; Kornai, Matyas & Roland, 2008), and the new political structure in CEE is even treated as a reflection of “the main direction of historical progress over the last two millennia” (Kornai, 2008a, p. 8). The transition processes in Eastern Europe transformed the political and economic parameters of the continent (Gros & Steinherr, 2004). The analyses on this issue usually focus on the optimal speed of transition: “big bang” approach (Sachs, Berg, Balcerowitz, Murphy, Shleifer and Vishny) versus a gradualist strategy (Roland, Svejnar, Portes, Murrell) or both depending on the area (Blanchard, Kornai, Fischer); and understanding reforms (Rodrik, 1996; 1993; Rodrik & Wacziarg, 2005; Merlevede, 2003; Estrin, 2002; Campos & Coricelli, 2002). In the initial transition period the focus was on a neoliberal approach mostly implemented by applying the Washington Consensus ideas. In light of entrepreneurial capitalism development, it is valuable to note that entrepreneurship in the Washington Consensus approach was “considered only as an afterthought and in piecemeal fashion” (Schramm, 2004, p. 105).

In SEE this topic is additionally specific since there has been a triple transition: from communism to political democracy, from economic isolation to an open market, and from a set system of order to ethnic conflict and social unrest (Eftymiadis, 2006) and its implications (Horowitz, 2003; Kaldor, 2007). Combining these two factors proved to worsen the overall situation, i.e. applying the neoliberal approach to post conflict recovery has shown to be inappropriate due to numerous intrinsic contradictions resulting in rising corruption and crime (Zupčević, 2007). Furthermore, the geopolitical factor has played an important role despite the fact that it was

underestimated in the beginning of transition (Roland, 2000). The overall complexity of the transition process is also described by metaphors like changing the motor of the plane during the flight (Roland, 2000) or rebuilding the ship at sea (Elster, Offe & Preuss, 1998).

It can be claimed that two systems dominated the 20th century: capitalism and socialism. Kornai (2009, p. 290) uses the word system as a comprehensive and aggregate concept appreciating therewith the existence of specific historical appearances. With regard to this wording, there are three assumptions: common characteristics of the system that are treated as variants of the same system both in the case of capitalism and socialism; these system-specific attributes have a great influence on society, politics, economy, culture, and daily life; at the same time they enable the distinction between the two systems.

Figure 1. Comparative model of the socialist and capitalist systems – main characteristics



Note: Blocks 1-3 fundamental features that largely determine the block 4

Block 4 represents the behaviour of economic actors

Block 5 represents economic phenomena typical for the system

(Explanations in italics added by the author according to Kornai's text)

Source: Kornai, *What a Change of System from Socialism to Capitalism Does and Does not Mean*, 2009, p. 291.

Claiming that the presence of all six characteristics is unique in the world's history, Kornai (2008a, pp. 9-10) summarised the most significant features of the changes in the CEE region in the period 1990-2005. The changes followed the countries of the West in terms of capitalism in the economic, and democracy in the political sphere. Complete transformation happened simultaneously in all the spheres: the political structure and ideology, legal system and the stratification of society, and was non-violent. The transformation was very fast and peaceful. Treisman's (2012, p. 114) "sprint to democracy" coincides with countries selected by Kornai. Elster et al. (1998, pp. 3-4) support distinctive features listed by Kornai, and additionally emphasise the absence of revolutionary counter-elites, ideologies and blueprints. Apart from the peacefulness, all the aforementioned points could be applied to South-Eastern Europe as well. Still, "Yugoslav exceptionalism" (Elster et al., 1998, pp. 7-8) is mentioned in both political (Treisman, 2012, pp. 114-116) and economic arenas (Jurčić & Vojnić, 2011). Overall, at the beginning of transition former Yugoslav republics had the best starting positions, but most of them are now laggards instead of being leaders. In order to understand transitional delays in the Balkans, there are three main factors to consider: political events, i. e. political goals being selected as a priority, delayed support and integration with the European Union because of the military conflict, and inappropriate economic policies (Uvalic, 2012, pp. 365-391). Consequently, "[t]ransition-related institutional changes implemented in a particularly unstable political and economic environment have not favoured fast economic development" (Uvalic, 2012, pp. 395-6).

2. Distinctiveness of (South) East European capitalism

In order to reconcile the features and understand the development of a newly emerged post-socialist capitalism model, transition experts have the tendency to combine theories and frameworks. Instead of an *ad hoc* categorisation based on one of the numerous capitalist model segmentations, this approach results in rationales that are likely to be better suited for the reality of the scrutinised countries because it seeks to incorporate all their key specifics. Yet, the prevailing issue after the thorough analysis is the impossibility to consistently sort almost thirty fresh capitalist countries into several homogenous groups that would then be straightforwardly appropriate for comparative analysis. It actually seems that capitalism in transition economies at least at the current stage develops in several non-converging forms. This evolution seems to be the opposite of the expected unique (post-socialist neoliberal) model. Instead of treating the whole phenomenon as chaotic, Lane (1999) argued that the post-communist development paradigm should be based on the concept of divergence. That statement is in line with King's (2002) and Amable's (2009) approach analysing post-communist, i. e. fresh capitalist economies. Furthermore, that would be in accordance

with the emerging trend of diverging Western European models (Hall & Soskice, 2001; Fioretos, 2001; Teubner, 2001), at least as recently claimed by series of analysts.

Overall, it has been shown that the claim on the straightforward path from socialist towards capitalist system was misleading. Stark (2001) suggests a distinctively East European capitalism and as a consequence of that other variants like East Asian capitalism: “capitalism as a construct is only analytically interesting in the plural: Capitalisms must be defined and compared vis-à-vis each other” (Stark, 2001, p. 495). Transition countries differ among them mostly because of their long-run history (also explained as multiple pasts) and their initial transition policies (Elster et al., 1998; Aligicia, 2006). This does not solely tackle the distinction between centrally planned and self-managed systems. In general, the complexity of their pasts as the determinant shaping the consequent events needs to be viewed much wider: “...if communism were the sole determinant of post-transition evolutions, the divergence between these groups of countries would not be as strong as observed” (Roland, 2012, p. 167). It is highly probable that “states, existing law, and the actions of political and economic elites will promote a unique blend of property rights, governance structures, and rules of exchange in these societies” (Fligstein, 1996, p. 1079). That is also proved by the study of business environment, competition, managerial practices and thirteen specific sectors revealing a large heterogeneity of the transition region (Bergloef et al., 2012). It appears that divergence of the transition countries has been continuously rising (Cornia, 2012, p. 293). Overall, the diversity of contemporary capitalism appears to be better explained when classified into several models (usually two to five, such as Hall & Soskice, 2001; King, 2002, 2007; Sapir, 2005; Amable, 2009) that are still ideal types and no economy can be fully described by one of them. Yet, the models provide orientation for a more accurate description of the economies initially using the identification of their institutional complementarities within the country and similarities across countries. Bearing that in mind, it can be for instance claimed that liberal dependent capitalism resembles capitalism in the European core (King, 2007).

Table 1. South European / Mediterranean model of capitalism

<i>Product market competition</i>	<i>Wage-labour nexus</i>	<i>Financial sector</i>	<i>Social protection</i>	<i>Education</i>
Price- rather than quality-based competition, involvement of the State, little 'non-price' coordination, moderate protection against foreign trade or investment, importance of small firms	High employment protection (large firms) but dualism: a 'flexible' fringe of employment in temporary and part-time work, possible conflicts in industrial relations, no active employment policy, centralization of wage bargaining	Low protection of external shareholders, high ownership concentration, bank-based corporate governance, no active market for corporate control (takeovers, mergers and acquisitions), low sophistication of financial markets, limited development of venture capital, high banking concentration	Moderate level of social protection, expenditures structure oriented towards poverty alleviation and pensions, high involvement of the State	Low public expenditures, low enrolment rates in tertiary education, weak higher-education system, weak vocational training, no lifelong learning, emphasis on general skills

Source: Cvijanović and Redžepagić, *From political capitalism to clientelist capitalism? The case of Croatia*, 2011, p. 357, based on Amable, *The Diversity of Modern Capitalism*, 2009, Ch 3.

Despite the notion of a single European Social Model, the characteristics found in the real world dictate the division into four models at least: Continental, Nordic, Mediterranean and Anglo-Saxon (Sapir, 2005). Even though those models primarily address (old) EU member states, the features of South East European capitalism resemble the Mediterranean model to a significant extent, such as: large social spending focused on employment protection and (early) retirement payments, a low share of a working age population included in the labour market and a high risk of poverty. The problem lies in the inefficiency and unsustainability of the Mediterranean model that as a result requires reforms aimed at reaching Nordic and Anglo-Saxon countries' performance (Sapir, 2005). Another commonly used perspective in line with the Mediterranean model and describing capitalism in the analysed region is Amable's (2009, Ch 3) concept of South European type of capitalism (Table 1) that draws upon varieties of capitalism approach. It also confirms the inefficient role of the State in the economy despite relatively large public expenditures. The role of the state that is not developmentally beneficial while at the same time channelling vast financial resources may partly be treated as inheritance from the socialist economy. Elster et al. (1998, pp. 196-201) claim that Eastern European capitalism resembles more the Latin American type than the West European

and Anglo-American types despite the fact that the new institutions were created according to the latter.

Extensive state spending is also one of the key features of the political capitalism model, an antonym to entrepreneurial capitalism, that was present in the former Yugoslavia before the 1990s and its traces still seem to be apparent. In the political capitalism quasi market as directed by political managers and state monopolies and the whole system is based on egalitarian principles. "Egalitarian syndrome" is a part of the "social contract" that guarantees citizens the same outcomes of the distributional process. At the same time it builds up the position of the state as the "protector" of the companies and "nanny" of the employees. The relationship of the state and workers may also be seen as a coalition based on a deal that does not make coalition partners equal and makes it easier for the political elite to manage the system (Županov, 2002, pp. 15-24, 37-39, 60-64). A very strong employment protection poses a barrier to structural changes, and it is on the other side enabled by a low level of product-market competition and non-existing short-term profit limits. Moreover, the workforce with the education level and skills that mismatch the future market needs presents an inadequate starting point for the implementation of high wages industrial strategy (Amable, 2009, pp. 103-113).

Table 2. Entrepreneurial versus political capitalism

	Entrepreneurial capitalism	Political capitalism
Property	Private property	Collective ownership / socially-owned enterprises
Market	All economic resources on the market	Fragmented, only products available
Competition	Competitive, yet imperfect market	Directed by the politics
Economic agents	Entrepreneurs, shareholders' representatives, managers	Political managers, including politicians in the enterprises and local community
State	Watchdog role only or additionally regulating the same rules of the game for all the actors on the market	"Protector" from the competition and "nanny" to the employees in charge of securing the jobs and ensuring social rights
Redistribution policies	Relatively smaller GDP share is redistributed by the state	Vast share of GDP is distributed by the state

Adopted from Županov, *Od komunističkog pakla do divljeg kapitalizma*, 2002, pp. 60-64.

The distinction between entrepreneurial and political capitalism (Table 2) is also important for the further analysis of the pre1990s legacy and its influence. The social consequences of the communist period are usually grouped into three categories: first, inheritance resulting from the social contract between the state and the citizens; second, values, traditions and behaviour (informal institutions); and third, unintended consequences of the communist regime (Županov, 2002 based on Millar & Wolchik, 1994). In Central and Eastern Europe the shift between the egalitarian tradition and European social model was parallel with the state reconstruction that was rather led by the discourse of justice, solidarity and compensation than by discourse of power (Elster et al., 1998; K. Mueller, 2010, pp. 5-6). Overall, inequality in Eastern and Central European transition countries has significantly increased in the first two decades of transition; in addition, a “premature welfare state” is deemed to be inherited from the communist era (Kornai, 2010) and a safety net appears to be diminished or lost (Kacarska et al., 2012).

Pejovich (1993) noted that there is insufficient evidence of the expectations of ordinary Eastern Europeans in the future of their countries and Galbraith (1990, p. 4, as quoted in Neuber, 1993, p. 524) diagnosed correctly at the very beginning of transition:

“Let us be clear. What the countries of Eastern Europe see as the alternative to socialism...is not capitalism. Were it capitalism in its classical form, they would not for a moment want to change. The alternative they see is the modern state with a large, indispensable, mellowing and stabilising role for government.”

Yet, citizens were not the only ones to have unrealistic judgements and expectations. Kornai (2009) reminds that already in the beginning of the 1980s he criticised the observers looking at the systems through the possibility of “institutional shopping” because it is impossible to “push a shopping cart” (the same way as in the supermarket) and create the package by picking the full employment from the socialist shelf and advanced development from the capitalist shelf. His point was that history offers the packages with fixed content implying system-specific advantages and disadvantages. Roland (2004) agrees with that point stressing the institutional complementarities that disabled “institutional shopping” aimed at an optimal institutional reform strategy in the former Communist countries. Furthermore, dominant national cultures in transitional European countries are not inclined towards Western capitalist values. Hofstede’s (2012) data show that these societies are mainly collectivist; needlessly keep many rules and hierarchies without questioning them and often breaking them; show high power distance and uncertainty avoidance. That kind of national software further implies the unlikelihood of Western rules to be successfully transferred to the Eastern transitional societies (Šimić Banović, 2015).

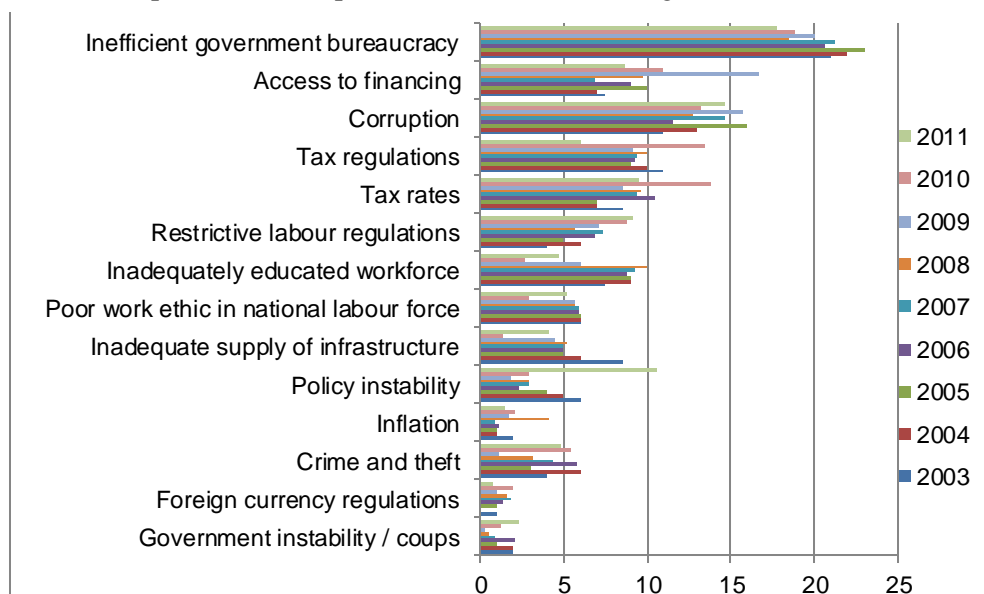
3. Doing business in transition

Improved company performance seems to be the key of an efficient post-command economy transformation (Estrin, 2002, p. 101). There is a distinction between the two areas of the macroeconomic transition: the restructuring of existing activities and the reallocation of resources. Restructuring of existing activities includes improving the performance of the existing companies by various means, whereas the reallocation of resources is based on the competitiveness of the market, and institutions influencing entry and exit of the companies, relations with the incumbents and policies connected with doing business (Estrin, 2002). Both areas are characterized by numerous barriers. Many of them are usually associated with the socialist legacy, predominantly with the persistence of informal institutions that do not seem to have complementary effects on the formal rules that are attempted to be enforced. Therefore, Pejovich (2003a, p. 33) claims that major contribution of the entrepreneurs in transition countries is in familiarizing other citizens with the culture of capitalism. That statement is in line with the Varieties of Capitalism approach where firms are seen as equally important initiators of institutional change as the state, but with higher sensitivity and preparedness to changes in the environment (Hall & Thelen, 2007). Some of the small enterprises were founded even before the 1990s and despite their irrelevant contribution to GDP at that time they had a significant role as initiators of the capitalist work ethics and development of a constructive attitude towards individual liberty and responsibility (Pejovich, 1993). The transition by voluntary contracts encourages the development of small enterprises because an entrepreneur-owner sees the opportunity, tries to use it and is consistent to finalizing the project. At the same time, this entrepreneur covers the costs of his decisions and represents the major dynamic force in the economy (Pejovich, 2003a).

The role of the government towards the other actors in transitional societies may be described as a severe case of a grabbing hand and this perspective is also helpful in understanding the ways government can provide the public with a helping hand (Schleifer & Vishny, 1999, pp. 227-253). This is substantially connected with the view that the transition of government is crucial in the transition to capitalism and therefore the argument on the importance of the speed of economic reforms is widened. The transition of government is essential both for economic transformation and democratization of post-communist societies as it covers the process of government transformation “from a Communist police state to an institution supporting a market economy” (Schleifer & Vishny, 1999, pp. 230-231). Furthermore, according to Vehovec (2002a) the role and responsibility of the government in transition is increased due to the relative underdevelopment of the private sector and insufficiently developed market institutions. Hence, the government disproportionally compensates for the lacking formal institutions. Guiso et al. (2006) warn about the situations when government with its vested interests promotes the

belief system that enables the officials to have rents despite being contrary to the wellbeing of the citizens.

Graph 1. The most problematic factors for doing business in Croatia



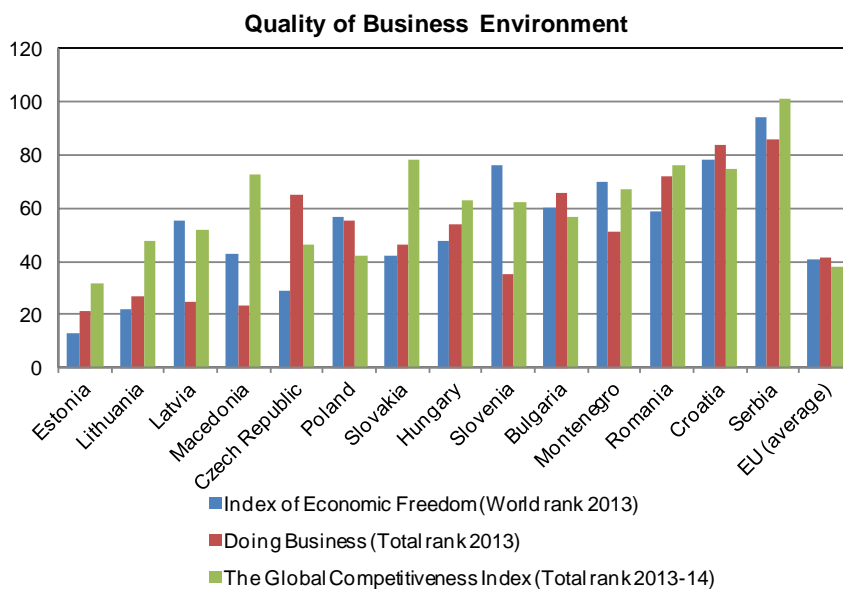
Source: *Global Competitiveness Reports, yearly editions 2003-2011*, World Economic Forum

In case of Croatia, inefficient Government bureaucracy has continuously been the biggest barrier for doing business (Graph 1). Other top listed factors like corruption, tax and labour regulations are certainly linked with an overgrown and inefficient state that (in addition to its failures) does not live up with the society's problems and has for instance fully avoided austerity measures (Franičević & Matković, 2013). State involvement in the economy is not developmentally beneficial, but the citizens mostly do not oppose the existing rules and policies. Besides the dominant culture in the society (that will be discussed later), the reasons are found in the vast amount of funds distributed for social protection. Yet, it is unequally distributed as "a consequence of the specific experience of transition caused by the 1991-1995 war and clientelistic connections which were regularly used to distribute privileges" (Cvijanović & Redžepagić, 2011, p. 366).

Reforms in Croatia were predominantly driven in a pseudo neoliberal manner. The business environment seems to have at least nominally attracted immense

attention of all the governments in power since Croatian independence. Starting with the process of fast mass privatization in the 1990s and the first laws essential for the establishment of new enterprises, continuing with questioning of the results of initial privatization phases and parallel improvement of the laws and regulations concerning newly established and functioning private enterprises in the 2000s, and then adjustments based on the EU membership requirements. Despite all those efforts, according to the most recognized international benchmarks, the end of the first decade of 21st century was marked by a significant decrease in the quality of the Croatian business environment. The incumbents explain those results as a reflection of the global economic crisis that started in 2007/2008. Yet, the signs of those trends could be seen much earlier when the reason was to be found in the consequences of the War that ended in 1995. In both periods there was also a running idea that international benchmarks may not be applied to Croatia because of its specifics. This argument was expectedly not mentioned only when Croatia received international recognitions for certain initiatives. However, international benchmarks (Graphs 2 and 3) show rather poor quality of Croatian business environment and other SEE countries. Some of them show after crisis recovery that is most probably based on long-term reforms undertaken to improve business environment.

Graph 2. Business environment quality: European transition countries vs. EU average



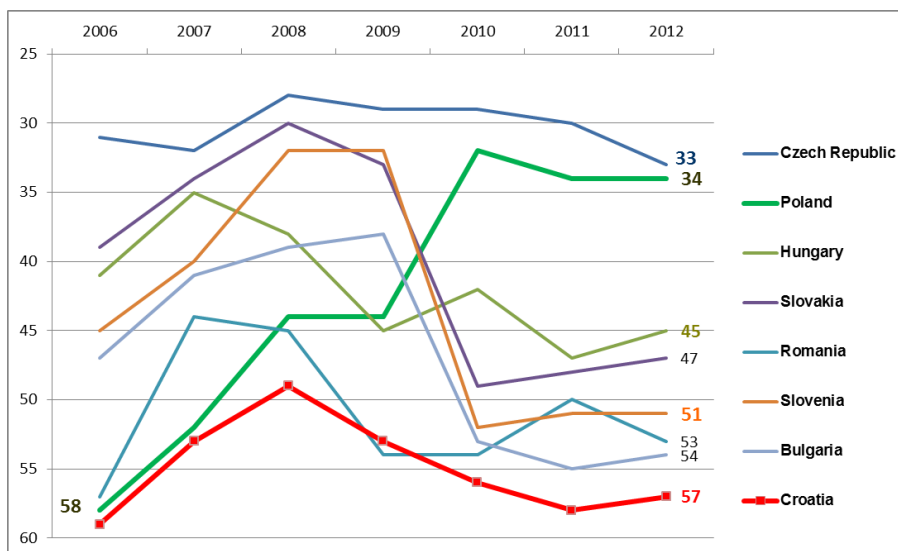
Source: Croatian National Bank based on Heritage Foundation, WB and WEF

The business environment in transition is characterised by some distinctive features like the ambiguous boundaries of enterprises. In order to describe it and consequently the legitimacy rules in transition, the recombinant property perspective is introduced (Stark, 2001). The main aspects of recombinant property can be observed through three underlying concepts: mixture, diversity, and complexity. Regarding mixture, based on the Hungarian example Stark (2001, pp. 494-495) concludes that it is a mixed economy nowadays because many enterprises make use of both public and private property relations. The results are new forms of property in which the public and private aspects are “dissolved, interwoven, and recombined”. Hence, detailed analysis suggests that applying the main categories of public and private and its mix may be more limiting than useful and that one needs to distinguish between the various types of capitalism. Regarding diversity, and complementary to the findings from the concept of mixture, Stark (2001, pp. 495-496) asserts that market orientation should be distinguished from market coordination. It is confirmed by institutions that are found in certain markets. Based on the network-centred approach, Stark proposes further questioning of the contribution of transitional economic to creative destruction and the orientation of East European networks to the world market. When analysing it, not only regional diversities should be taken into consideration, but also the diversities among countries within a certain region. Furthermore, in order for post socialist economic development to benefit from creative destruction, new organisational forms should emerge, but not only new organisations. Organisational forms include a specific set of routines that is characterized by valuable information, especially in case of changes in the environment. Nevertheless, that implies that the economy that puts the emphasis on allocative efficiency sacrifices at the same time its adaptive efficiency. Since socialism reduced organisational diversity to a great extent, the emphasis of the research on recombinant property should be their contribution to adaptive efficiency. Complexity as the final aspect reflects the previous two, pointing out to an overabundance of accountability that can be seen through an exaggerated number of principles to which actors are responsible which actually makes them responsible to none. Therefore, the organisation of diversity is essential and not only the diversity of organisations. That would result in enhanced adaptability and accountability, both very important for the transition economies (Stark, 2001, pp. 498-499).

Regarding the development of a private sector in transition, Murrell (1991b, pp. 14-17) warns that too much discussion and consequently too many resources have been channelled to privatization rather than creation of a new private sector. The sole focus on privatization as the only way of strengthening the private sector enabling the survival of some large enterprises that would not be able to operate in a regular market economy with the significant turnover of firms. It may be questioned if the

privatization only postponed the closure of the great number of enterprises in Eastern Europe and at the same time obviously diminished the opportunities for investment in new enterprises. Murrell (1991b, pp. 25-27) analyses the trade-off between investment in growth of a new private sector and reform of the old state sector. Despite high expectations towards the restructuring of the old state sector, Murrell (1991b) warns that these attempts are usually very expensive and long lasting and those resources are likely to have better return if invested in a new private sector. These decisions are of special importance when considering the very limited resources available and the results achieved that are contrary to the ones predicted by the rapid marketizers. Nevertheless, Djankov and Murrell (2002) stress the restructuring speed as one of the key factors for the economic development of transition countries. Moreover, restructuring monopolies that are predominantly inherited from the previous system and fostering more a favourable business environment is also a way to break the vicious cycle of state capture (Hellman & Kaufmann, 2001). Yet, the cases of Croatia and Slovenia (Vehovec, 2003) show that in the processes of both strategic and defensive restructuring, medium and large privatised companies were faced with obstacles due to the underdevelopment of institutional environment. These obstacles primarily tackle lacking institutional complementarities that would foster the restructuring processes. Schramm (2004, p. 111) draws on de Soto's insights on developing economies characterized by expensive and time-consuming red tape that result in setting up parallel economies outside the law whereas the "official" economy consists of selected few: state-related companies, existing firms and privileged individuals with insider information. That account can be partly applied to SEE transitional economies considering its business environment quality and factors listed as the most problematic for doing business (Graph 1).

Graph 3. Competitiveness trends: Croatia vs. Eastern European EU member states



Source: Croatian National Competitiveness Council database based on *IMD World Competitiveness Yearbook 2006-2012*

Elster et al. (1998, pp. 196-199) emphasise the negative sides of the economic reforms in transition. These are coupled with the rise of an “uncivil economy” that includes corruption and organized crime and consequently results in a large share of “shadow economy” in GDP. This phenomenon is further accompanied with distrust and an opportunistic behaviour that has not changed with the change of the system. The public sector remained very big and continued subsidizing loss-making companies managing state-owned enterprises for political, rather than economic purposes. Economic actors were on the average very slow in accepting rules and roles of capitalism. The new private sector is usually characterised by a lack of funds, assets transferred (more or less legally) from the state sector, one-off transactions, grab-and-run behaviour and inappropriate business practices. This situation was nourished by the lacking capacity of the state that also negatively influenced the investment climate and long-term activities. State-owned enterprises and privatised companies were on the other hand influenced by strong ties with the political elite that to some extent led to a long-term mutual vulnerability. The public and private sector being highly intertwined may be summed up as

“both sectors have been fraught with precisely the opposite problems... ties have been too ‘weak’ within the new private and too ‘strong’ within the old state sector...East European capitalism has clearly suffered from a lack of consolidation.” (Elster et al., 1998, pp. 198-199).

Conclusion

The beginning of transition was faced with rather big gap. On one side, transition was deemed a historical window of opportunity that was supposed to trigger important reforms. And on the other, a very scarce theoretical support that consequently led to predominantly misleading practical support for the creation and implementation of those reforms. Although the centrally planned and selfmanaged socialist systems were well understood, their legacy for subsequent events was underestimated. Moreover, the ex post analyses are somewhat limited due to lack of data, particularly for 1991-95 period.

Business environment reforms are considered to be extremely important contributor to the success of postsocialist transformation. This way state enables markets to work properly, entrepreneurs get the chance to spread the culture of capitalism and firms are seen as proactive agents of institutional change as the state. Yet, this relatively greater responsiveness of the entrepreneurs and companies comparing to the state still cannot be compared with the Western societies. The role of the state in transition countries is still inefficient and developmentally not beneficial while at the same time channelling vast financial resources. This fact may partly be treated as inheritance from the previous system. Extensive state spending is also one of the key features of the political capitalism model, an antonym to entrepreneurial capitalism, that was present in the former Yugoslavia before the 1990s and its traces still seem to be apparent. In the political capitalism that is very similar to King’s (2002) “capitalism from above”, quasi market is directed by political managers and state monopolies and the whole system is based on egalitarian principles. “Egalitarian syndrome” is a part of the “social contract” that guarantees citizens the same outcomes of the distributional process. At the same time it builds up the position of the state as the “protector” of the companies and “nanny” of the employees. The relationship of the state and workers may also be seen as a coalition based on a deal that does not make coalition partners equal and makes it easier for the political elite to manage the system (Županov, 2002). It also fosters the unrealistic expectations of ordinary East Europeans that can be explained by Kornai’s (2009) “institutional shopping”. It would only lead to an unsustainable welfare state that seems to be promised by transitional governments, yet their real behaviour is best portrayed by the (severe) “grabbing hand” model (Schleifer & Vishny, 1999).

Despite relying on different model the findings of this paper are in line with Cvijanović & Redžepagić's (2011) research claiming that the only constant feature of the development of Croatian variety of capitalism is that it has not been based on markets to any significant extent. Croatia, same as other SEE countries explored, shows strong traces of political capitalism, i.e. legacy of the former system. Predominantly collectivist culture and acceptance of inherited or ambiguously built power relations supports the *status quo*. Hence, the progress of entrepreneurial capitalism is still very questionable.

References

- Aligic, P. D. (2006). Learning in time: new institutionalism and the Central and Eastern European economic reform experience. *Global Business and Economics Review*, 8(1/2), 25-43.
- Amable, B. (2009). *The Diversity of Modern Capitalism*. New York, NY: Oxford University Press.
- Arias, O. (2011). Culture Matters: The Real Obstacles to Latin American Development. *Foreign Affairs*, 90(1), 2-6.
- Berglof, E., Bruynooghe, L., Harmgart, H., Sanfey, P., Schweiger, H., & Zettelmeyer, J. (2012). European Transition at Twenty: Assessing Progress in Countries and Sectors. In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View* (pp. 254-292). United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Berkowitz, D. (2002). Transition and Economics: Politics, Markets, and Firms by Gerard Roland [book review]. *Journal of Economic Literature*, 40(1), 217-219.
- Blanchard, O. (1998). *The Economics of Post-Communist Transition*. Oxford: Oxford University Press.
- Bruszt, L., Campos, N. F., Fidrmuc, J., & Roland, G. (2009). *Civil Society, Institutional Change and the Politics of Reform: The Great Transition*. Retrieved April 25, 2010, from <https://elsa.berkeley.edu/users/groland/pubs/picaug09.pdf>
- Bruszt, L., Campos, N. F., Fidrmuc, J., & Roland, G. (2012). Civil Society, Institutional Change, and the Politics of Reform: The Great Transition. In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View* (pp. 194-221).

United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.

- Campos, N. F., & Coricelli, F. (2002). Growth in Transition: What We Know, What We Don't, and What We Should. *Journal of Economic Literature*, 40(3), 793-836.
- Cornia, G. A. (2012). Transition, Structural Divergence, and Performance: Eastern Europe and the Former Soviet Union during 2000-7. In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View* (pp. 293-316). United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Cvijanović, V., & Redžepagić, D. (2011). From political capitalism to clientelist capitalism? The case of Croatia. *Zbornik radova Ekonomskog fakulteta u Rijeci*, 29(2), 355-372.
- Dixit, A. K. (2004). *Lawlessness and Economics*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Dixit, A. K. (2009). Governance Institutions and Economic Activity. *American Economic Review*, 99(1), 5-24.
- Djankov, S., & Murrell, P. (2002). Enterprise Restructuring in Transition: A Quantitative Survey. *Journal of Economic Literature*, 40(3), 739-792.
- Djankov, S., McLiesh, C., & Ramalho, R. M. (2006). Regulation and growth. *Economics Letters*, 92(3), 395-401.
- Easter, G. M. (1996). Personal Networks and Postrevolutionary State Building: Soviet Russia Re-examined. *World Politics*, 48(4), 551-578.
- Easterly, W. (2008). Institutions: Top Down or Bottom Up?. *American Economic Review*, 98(2), 95-99.
- Efthymiadis, N. (2006). The Experience of the Private Sector in Doing Business and Investing in Eastern Europe and the Black Sea. *Southeast European and Black Sea Studies*, 6(2), 225-242.
- Elster, J., Offe, C., & Preuss, U. (1998). *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Estrin, S. (2002). Competition and Corporate Governance in Transition. *The Journal of Economic Perspectives*, 16(1), 101-124.
- Fioretos, O. (2001). The Domestic Sources of Multilateral Preferences: Varieties of Capitalism in the European Community. In P. A. Hall, & D. Soskice (Eds.). *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (pp. 213-246). Oxford: Oxford University Press.

- Franičević, Vojmir and Matković, Teo (2013), 'Croatia: Public sector adaptation and its impact on working conditions', in Vaughan-Whitehead, Daniel (ed.)(2013), *Public Sector Shock: The Impact of Policy Retrenchment in Europe*, Edward Elgar and International Labour Office: Chetltenham, UK and Geneva, pp. 134-173.
- Greif, A. (1994). Cultural Beliefs and the Organization of Society: A Historical and Theoretical Reflection on Collectivist and Individualist Societies. *Journal of Political Economy*, 102(5), 912-950.
- Hall, P. A., & Soskice, D. (2001). An Introduction to Varieties of Capitalisms. In P. A. Hall & D. Soskice (Eds.). *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (pp. 1-68). Oxford: Oxford University Press.
- Hofstede, G. (2001). *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions, and Organizations Across Nations* (2nd Ed.). London, UK: Sage Publications.
- Hofstede, G. (2012). *Official Website – Dimension Data Matrix*. Retrieved February 23, 2012, from <http://www.geerthofstede.nl/research--vsm/dimension-data-matrix.aspx>
- Hofstede, G., Hofstede, G. J., & Minkov, M. (2010). *Cultures and Organizations: Software of the Mind: Intercultural Cooperation and Its Importance for Survival* (3rd Ed.). New York: McGraw Hill
- Hogwood, B. W., & Gunn, L. A. (1984). *Policy analysis for the real world*. Oxford: Oxford
- Jellema, J., & Roland, G. (2011). Institutional clusters and economic performance. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 79(1-2), 108-132.
- Jurčić, Lj., & Vojnić, D. (2011). Quo vadis Croatia? Od samoupravnog socijalizma i društva blagostanja preko ekonomije i politike tranzicije do divljeg kapitalizma i tržišnog fundamentalizma – Hrvatska na putu u Europsku uniju. [Quo vadis Croatia? From self-managed socialism and welfare society over transition economics and politics to wild capitalism and market fundamentalism – Croatia on its way to European Union]. *Ekonomski pregled*, 62(12), 787-826.
- Kacarska, S., Branković, N., Džankić, J., Mete, E., Moria, E., Pavićević, V., Petričušić, A., Todorić, V., & Živanović, M. (2012). *20 Years After 1991: The Tale of Two Generations*. (Opinion Paper – Supporting Policy Development Series 1/2012). Belgrade: European Fund for the Balkans.
- Kaldor, M. (2007). *New & Old Wars: Organized Violence in a Globalized Era* (2nd ed.). Stanford, CA: Stanford University Press.

- King, L. (2002). Postcommunist Divergence: A Comparative Analysis of the Transition to Capitalism in Poland and Russia. *Studies in Comparative International Development*, 37(3), 3-34.
- King, L. (2007). Central European Capitalism in Comparative Perspective. In R. Hanké, M. Thatcher & M. Rhodes (Eds.). *Beyond Varieties of Capitalism* (pp. 307-327). New York, NY: Oxford University Press.
- King, L. (2010). *The role of existing theories and the need for a theory of capitalism in Central Eastern Europe*. Retrieved December 10, 2011, from http://www.emecon.eu/fileadmin/articles/1_2010/emecon%201_2010%20King.pdf
- Kornai, J. (2008a): The Great Transformation of Central Eastern Europe: Success and Disappointment. In J. Kornai, L. Matyas & G. Roland (Eds.): *Institutional Change and Economic Behavior* (pp. 1-37). Hampshire, UK: Palgrave Macmillan.
- Kornai, J. (2008b): What Does 'Change of System Mean'? In J. Kornai (Ed.). *From Socialism to Capitalism* (pp. 123-150). Budapest: Central University Press.
- Kornai, J. (2009). What a Change of System from Socialism to Capitalism Does and Does not Mean?. In S. J. Shapiro, M. Tadajewski & J. S. Clifford (Eds.). *Macromarketing: Vol. 3*. (pp. 289-304). London: Sage.
- Kornai, J. (2010). Liberté, Égalité, Fraternité: Reflections on the Changes following the Collapse of Communism. *European Review*, 18(3), 379-397.
- Kornai, J., Matyas, L., & Roland, G. (2008): Institutional Change and Economic Behavior – Introduction. In J. Kornai, L. Matyas & G. Roland (Eds.). *Institutional Change and Economic Behavior* (pp. xvi – xx). Hampshire, UK: Palgrave Macmillan.
- Lavigne, M. (1999). *The Economics of Transition: From Socialist Economy to Market Economy* (2nd ed.). Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Lemke, C. (2001). *Social Citizenship and Institutions Building: EU-Enlargement and the Restructuring of Welfare State in East Central Europe*. (Working Paper Series 01.2). Cambridge, MA: Centre for European Studies Program for the Study of Germany and Europe, Harvard University.
- Merlevede, B. (2003). Reform reversals and output growth in transition economies. *Economics of Transition*, 11(4), 649-669.
- Murrell, P. (1991a). Can Neoclassical Economics Underpin the Reform of Centrally Planned Economies?. *Journal of Economic Perspectives*, 5(4), 59-76.

- Murrell, P. (1991b). *Evolution in Economics and in the Economic Reform of the Centrally Planned Economies*. (Working paper). College Park, MD: Department of Economics, University of Maryland.
- Mykhnenko, V. (2005). *What Type of Capitalism in Post-Communist Europe? Poland and Ukraine Compared*. Institutional Change in Contemporary European Capitalism: Conflict, Contradiction and Complementarities Conference. London School of Economics and Political Science, London, UK.
- Neuber, A. (1993). Towards a Political Economy of Transition in Eastern Europe. *Journal of International Development*, 5(5), 511-530.
- Niskanen, W. A. (1991). The Soft Infrastructure of a Market Economy. *Cato Journal*, 11(2), 233-238.
- North, D. C. (2005): *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton, NY: Princeton University Press.
- Pejovich, S. (1993). Institutions, Nationalism, and the Transition Process in Eastern Europe. In E. F. Paul, F. D. Miller & J. Paul (Eds.). *Liberalism and Economic Order* (pp. 65-78). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pejovich, S. (2003a). *Understanding the Transaction Costs of Transition: It's the Culture, Stupid*. Forum Series on the Role of Institutions in Promoting Economic Growth. Mercatus Center, George Mason University, Washington, D.C., USA.
- Pejovich, S. (2003b). Tranzicija, tranzicijski troškovi i kultura [Transition, Transition Costs and Culture]. *Financijska teorija i praksa*, 27(2), 235-250.
- Pejovich, S. (2008). *Law, Informal Rules and Economic Performance: The Case for Common Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Rodrik, D. (1993). The Positive Economics of Policy Reform. *American Economic Review*, 83(2), 356-361.
- Rodrik, D. (1996). Understanding Economic Policy Reform. *Journal of Economic Literature*, 34(1), 9-41.
- Rodrik, D. (Ed.). (2003). *In Search of Prosperity*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Rodrik, D. (2008). Heterodox Reform. *American Economic Review*, 98(2), 100-104.
- Rodrik, D. (2009). *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Rodrik, D., & Wacziarg, R. (2005). Do Democratic Transitions Produce Bad Economic Outcomes. *American Economic Review*, 95(2), 50-55.

- Roland, G. (2000). *Transition and Economics: Politics, Markets, and Firms*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Roland, G. (2001). Ten Years After... Transition and Economics. *IMF Staff Papers*. 48 (Special Issue), 29-52.
- Roland, G. (2002). The Political Economy of Transition. *The Journal of Economic Perspectives*, 16(1), 29-50.
- Roland, G. (2012). The Long-Run Weight of Communism or the Weight of Long-Run History? In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View*. (pp. 153-171). United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Sapir, A. (2005). Globalisation and the Reform of European Social Models. *Bruegel policy brief*. 1. Retrieved April 3, 2010, from <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/232-globalisation-and-the-reform-of-european-social-models/>
- Schramm, CJ (2004). Building Entrepreneurial Economies. *Foreign Affairs*. July/August 2004. 104-115
- Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1999). *The Grabbing Hand: Government Pathologies and Their Cures*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Šimić Banović, Ružica (2015). Institutional Interaction in the Business Environment: Eastern European versus Western European Countries. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 65(3-4). 439-480.
- Teubner, G. (2001). Legal Irritants: How Unifying Law Ends Up in New Divergences. In P. A. Hall & D. Soskice (Eds.). *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (pp. 417-441). Oxford: Oxford University Press.
- Treisman, D. (2012). Twenty Years of Political Transition. In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View* (pp. 109-133). United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Uvalic, M. (2012). Transition in Southeast Europe. Understanding Economic Development and Institutional Change. In G. Roland (Ed.). *Economies in Transition: The Long-Run View* (pp. 364-399). United Nations University – World Institute for Development Economics Research. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Vehovec, M. (2002a). Evolucijsko-institucionalan pristup razvoju poduzetništva. [Evolutionary – Institutional Approach to Entrepreneurship Development]. In D. Čengić & M. Vehovec (Eds.). *Poduzetništvo, institucije i sociokulturni*

- kapital*. [Entrepreneurship, Institutions and Sociocultural Capital] (pp. 13-36). Zagreb: Institut društvenih znanosti Ivo Pilar.
- Vehovec, M. (2002b). Neslužbeno gospodarstvo i neformalne norme ponašanja: koliko može pomoći etika u poslovnom ponašanju. [Underground Economy and Informal Norms of Conduct: How Much Can Ethics Help in Business Conduct]. *Financijska teorija i praksa*, 26(1), 229-244.
- Vehovec, M. (2003). Usporedni pregled defenzivnog restrukturiranja tvrtki u Hrvatskoj i Sloveniji [Comparative Review of Defensive Restructuring of Firms in Croatia and Slovenia]. *Financijska teorija i praksa*, 27(4), 609-623.
- Vietor, R. K. H. (2007). *How Countries Compete*. Boston, MA: Harvard Business School Press.
- Wallis, J. J. (2011). Institutions, organization, impersonality, and interests: The dynamics of institutions. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 79(1-2), 48-64.
- Williamson, J. (1992). *The Eastern Transition to a Market Economy: A Global Perspective*. London School of Economics and Political Science: Centre for Economic Performance. Retrieved October 5, 2011, from http://eprints.lse.ac.uk/21055/1/The_Eastern_Transition_to_a_Market_Economy_A_Global_Perspective.pdf
- Williamson, O. (1998). The Institutions of Governance. *American Economic Review*, 88(2), 75-79.
- World Economic Forum (2005). *The Global Competitiveness Report 2005-2006*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2006). *The Global Competitiveness Report 2006-2007*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2007). *The Global Competitiveness Report 2007-2008*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2008). *The Global Competitiveness Report 2008-2009*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2009). *The Global Competitiveness Report 2009-2010*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2010). *The Global Competitiveness Report 2010-2011*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- World Economic Forum (2011). *The Global Competitiveness Report 2011-2012*. New York, NY: Palgrave MacMillan.
- Zupčević, M. (2007). *Post-Conflict Political Economy in Bosnia and Herzegovina: Can the Neoliberal Peace Transformation Strategy Lead to Long-Term Socio-*

Economic Development? A Study of the War Legacy Factor in Post-Conflict Political Economy. Dissertation. MA in International Relations. London: University of London, King's College London.

Županov, J. (2002). *Od komunističkog pakla do divljeg kapitalizma* [From communist hell to wild capitalism]. Zagreb: Hrvatska sveučilišna naklada.

Note: The author would like to thank the participants of The Post-Doctoral Writing Workshop at The RENT 2013 Conference (held in Vilnius, Lithuania) for their useful comments on an earlier version of this paper. The initial research on the topic was conducted for the Doctoral Dissertation “Institutional Change in Transition Economies: Analysis of the Croatian Business Environment” defended at the Faculty of Economics, University of Ljubljana in December 2012

POSSIBLE SOLUTIONS FOR RESOLUTION OF DISPUTES FOR KNOW-HOW AGREEMENTS FROM THE ASPECT OF THE PROVISIONS CONTAINED WITHIN THE MACEDONIAN AND EUROPEAN UNION LEGISLATION

Suzana Nashkova

LLM University “SS Cyril and Methodius” Skopje, Macedonia

LLM University of Nice Sophia-Antipolis, France

e-mail: suzana.nashkova@gmail.com

Abstract

The aim of this paper is to provide a comprehensive analysis of the possible solutions related to the process of resolution of disputes arising from the conclusion and enforcement of the know-how agreements. The necessity for this analysis is imposed due to the fact that in a current situation of global technical and technological expansion and increased development of international trade in goods and services, these agreements often contain a foreign element, whose presence significantly multiplies the problems of conflict of laws. This element can be consisted of the following: the parties have affiliations of different countries; the agreement was concluded in a foreign country, or it should be executed in a foreign country. Therefore, the provisions of the know-how agreement that will determine in advance the applicable law and competent forum for resolution of the possible disputes, are considered as an essential element towards achieving a greater legal certainty during the phase of enforcement of these agreements. Within this paper the analysis of the possible solutions for determination of applicable law and competent forum for know-how agreements are reviewed from the aspect of the provisions contained in the Macedonian and the European Union legislation and are systematically divided into two parts.

The first part is devoted to analysis of the provisions related to the determination of the applicable law. Herein, we will make an analysis of the provisions contained in the *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations*, so-called (*Rome I Regulation*), which will be additionally compared with the provisions contained in the current Macedonian Private International Law Act (2007). Within the second part, devoted to the analysis of the provisions of determination of competent forum are going to be examined the possible solutions

contained in the provisions of the aforementioned legal systems, whereby a special emphasis will be placed on the analysis of the provisions contained in the *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, so-called (*Brussels I Regulation*).

Keywords: *Know-how agreement; applicable law; competent forum; Rome I Regulation; Brussels I Regulation.*

INTRODUCTION

The contractual parties before entering in the phase of negotiation and conclusion of the commercial agreements usually undertake the obligation to fulfill their mutual duties as agreed and based on the principle of good faith. However, despite all their efforts in the everyday practice of the enforcement of the commercial agreements are arising disputes that need to be settled in front of the competent forum. In order to be successfully resolved the parties need to determine in advance the law which will be applicable and the forum/jurisdictions which will be competent for their resolution. Determination of the applicable law and competent forum is not always an easy process, especially for the agreements that contain a foreign element, such as most of the know-how agreements are. The situation is further complicated considering the fact that know-how agreements are usually unnamed form of agreements, thus within the most of the domestic and international legislations there are no specific provisions for regulation of these and other issues. Therefore, within the following section we will try to point out to some of the solutions pertaining the determination of the applicable law and competent forum contained in the legislations of the European Union and Republic of Macedonia, applicable as for the cases of licence agreement for know-how, as well for the cases of definitive transfer of know-how, i.e. an assignment agreement for know-how.

2. POSSIBLE SOLUTIONS FOR DETERMINATION OF APPLICABLE LAW FOR KNOW-HOW AGREEMENTS

The presence of foreign element in know-how agreements significantly multiplies the problems of conflict of laws. Therefore, provisions which will determine in advance the applicable law are an indispensable precondition for achieving the necessary legal foreseeability and certainty for the future enforcement of the agreement. The determination of the applicable law for know-how agreements presumes a determination of the law under whose provisions will be examined and valued the elements included within the agreement's contents, the conditions that

should be fulfilled in order an agreement to be valid, the issues related to the interpretation or execution of the agreement, etc.¹

When it comes to the determination of the applicable law for know-how agreements is imposing the question whether the parties are absolutely free to determine applicable law to their relation or there are some limitations on the principle of party anatomy? In most cases the principle of party anatomy prevails, which means that the parties are free to designate law applicable to the agreement according to their needs. However, this principle should not be understood in absolute terms and the parties should be aware that some limitations are imposed, mainly due to the legal nature of the institute know-how. Some of them are for example:

a) Limitations related to the provisions contained within the Competition Law

- Know-how agreement is a legal institute for whose utilization, except for parties is equally interested and the society. Therefore, almost every country has developed special norms within the Competition Law legislation that affect the transfer of the intellectual property rights ("IPRs") in order to prevent the possible enforcement of these agreements in anticompetitive manner that could lead towards abuse of the dominant position. It means that the parties must place special attention on these provisions within the process of drafting of the contents of the agreement when determining the applicable law. This is due to the fact that these norms are of imperative character, so the parties could not foresee any other applicable law than the one designated by the country in which the agreement is enforced.

b) Limitations related to the taxation system – Every country within the scope of its tax regulations can establish special norms concerning the methods of payment of the fee for the IPR-related agreements, especially in international transactions. These norms are form imperative character, thus they forbid to the parties to act contrary i.e. to designate other methods of payment of the fee form the ones prescribed by the state in which the payment need to made, nor to determine applicable law which will allow them to avoid the mandatory methods for payment.

c) Limitations related to the method of keeping the secret character of the transferred know-how and the state's authorization to use the information or to transfer to third parties - In some occasions, especially in circumstances when facing a public health crisis every country may issue a compulsory licence for production of pharmaceuticals for its suppression. If an agreement for know-how is an integral part of the process of production or application of these products its secret nature can be reviled to the third parties, even though it is contrary to its nature. In that case, the parties could not designate other law as applicable for in order to avoid this situation.

¹ Dabovik-Anastasovska, J. (2009), *'Dogovor za licenca, nacin za vodenje biznis. Skopje: Centar za evropsko primeneto pravo i ekonomija'* – CEPPE, p. 280.

d) *Limitations associated with the procedure of obtaining the necessary administrative permissions and authorizations* - If know-how, which is subject of the agreement is applied in a process of production of substances or products for whose production are established specific standards by the relevant country, the parties could not be able to start with the process of application of know-how until they obtain them from the country in which the production or application of know-how, is to be occurred. Determination of different law (i.e. law that will allow them to avoid this procedures), than the law of the country where the production is occurring will certainly not be a possible alternative for the parties.

e) *Renvoi* – Within the process of selection of applicable law, the parties should take in consideration all of the aforementioned limitation but foremost, should consider to the risk of the application of the institute *renvoi*. If the court who is settling the dispute recognizes this institute, could determine other law as applicable to the agreement, than the one that was chosen by the parties.

2.1 Possible solutions for determination of applicable law within the legislation of the European Union

Within the legislation of the Europe Union a new system of rules for the determination of the applicable law was established by the *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations*, so-called Rome I Regulation.² Rome I Regulation introduces the principle of parties' autonomy when choosing the applicable law as one of the basis of the system of conflict of law rules in matters of contractual obligations, including the contract for transfer/licence of intellectual property rights. More precisely, Article 3 of the aforementioned Regulation entitled *Freedom of Choice*, states:

“A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.”

From the analysis of paragraph one of Article 3 could be concluded that the parties have autonomy to determine applicable law according to their needs, whereby the Regulation prescribes that they are even free to determine several laws as relevant to their contractual relations. This legal concept of determination of several laws as applicable to one agreement is known under French term *dépeçage*. If *dépeçage* is

² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

allowed, this means that different parts of the agreement may be governed by the laws of different countries. Additionally, this Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention,³ nor a law which is not connected to the domicile or the nationality of the parties.⁴

In relation to know-how agreements can be applied the same provisions. More precisely, the parties of this agreement are the only ones that are familiar with the legal nature of the know-how, which is a subject of transfer. Thus, in both cases, as in a case for granting a licence, as well in a case of assignment agreement for know-how, the parties will be the most competent subjects to determine the applicable law. However, in cases when they failed to determine the applicable law, it could be determined on a basis of the provisions of Article 4 of the Regulation. The aforementioned article entitled: *Choice of Law in Absence of Choice* contains several provisions, which could be applied for agreements for transfer of IPRs in situations when the contractual parties failed to designate the applicable law. It should be pointed out that the determination of the applicable law for know-how agreements, on a basis of this Regulation could be done only by analogy, because the Regulation in Article 4(1) does not contain explicit solutions for determination of applicable law in absence of choice for these types of agreements.

According to this Article the applicable law to contracts not covered by default choice-of-law rules of Article 4(1) should be determined according to the characteristic performance doctrine – Article 4(2). This would mean that the contract for the transfer of IPRs should be governed by the law of the state where the party who need to perform the characteristic obligation has its habitual residence.⁵ However, again, regarding the transfer of IPRs, there is no uniformity of opinions concerning which party is performing the characteristic obligation.⁶ It is generally considered that the characteristic performance for know-how agreements is consisted in the transfer of know-how. Thus in cases of absence of choice, as applicable should be considered

³ Rome I Regulation, Recital 13.

⁴ Article 3(2), Rome I Regulation.

⁵ More precisely, Article 4(2) states: “Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.”

⁶ Kono, T., (2011) ‘Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property’, *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, pp. 393-421.

the law where a habitual residence has the licensor or the assignor of know-how, i.e. the party that makes the transfer of the rights.

Contractual parties are not bound to these provisions. According to the Article 4(3) in cases where from all the circumstances of the case is clear that the contract is more closely connected with a country other than indicated in Article 4(1) and (2), the law of that country shall apply. Additionally, the paragraph 4 states that where the applicable law cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2 of Article 4, the contract shall be governed by the law of the country with which the agreement is most closely connected.

Considering the fact that the know-how agreements are sometimes an integral part of the franchising and distribution agreements the specific provisions contained in the Article 4 (1)(e) and (f) could also apply to their regulation. More precisely, to the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8 of the Regulation, the law governing the contract shall be determined as follows: *“a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence”*,⁷ whilst *“a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence”*.⁸ It could be concluded that in a cases when know-how agreement is an integral part of these agreements there are no obstacles for these provisions to be applied on the determination of applicable law in absence of choice.

The established provisions of the Regulation are not adequate for every situation when an IPR is subject of transfer. Therefore the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP)⁹ has undertaken an initiative in order to provide a better clear-cut solution for determination of applicable law for these types of agreements. More precisely, in January 2007 when the Rome I Regulation was still in a phase of draft initiative, the Group suggested an amendment of Article 4 of the Regulation. Within its *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations („Rome I“)* of December 15, 2005,¹⁰ the Group suggested that the wording of this article should be

⁷ Article 4(1)(e), Rome I Regulation.

⁸ Article 4(1)(f), Rome I Regulation.

⁹ CLIP Group is a group of scholars in the fields of intellectual property and private international law. It was established in 2004 and meets regularly to discuss issues of intellectual property, private international law and jurisdiction. The Group's goal is to draft a set of principles for conflict of laws in intellectual property and to provide independent advice to European and national law makers. The Group is funded by the Max-Planck Society.

¹⁰ European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) 'Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law

amended with additional paragraph (f) in order to reflect that not only transfers, but also licences of IPRs are covered. Accordingly, the Principles proposed a modification of the wording of Article 4 (1) (f) Rome I-Proposal as follows:

“(f) a contract having as its main object the transfer or license of an intellectual or industrial property right shall be presumed to be most closely connected with the law of the country in which the person who transfers or licenses the rights has his habitual residence, unless the transferee or licensee has accepted a duty to exploit the rights.”

The solutions contained within the proposed amendment related to the determination of the closest connection of the contracts are very precise, and they would have led towards facilitation of the process of determination of applicable law for the aforementioned types of agreements. Unfortunately, the European Commission did not adopt them and in the final version of Rome I Regulation these provisions were not included.

Therefore the European Max Plan Group continued to develop a new version of the CLIP principles pertaining the better determination of the applicable law for transfer/licence of IPRs and in December 2011 adopted new/final version of the CLIP Principles.¹¹ This version of the CLIP Principles neither follows the characteristic performance doctrine, nor aims to identify one of the parties who is presumed to have performed characteristic obligations.¹² Instead, the CLIP Principles in Article 3:502 suggest two different groups of factors which might show the closest connection of the contract with the State where the transferor/licensor or transferee/licensee has his habitual residence at the time of the conclusion of the contract. More precisely Article 3:502 states:

“(1) In the absence of a contractual choice of law in accordance with Article 3:501, the contract shall be governed by the law of the State with which the contract is most closely connected.

(2) In contracts having as their main object the creation of protectable subject matter or the transfer or licence of intellectual property rights, the court shall take into consideration in determining the State with the closest connection:

Applicable to Contractual Obligations (Rome I) of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs', Draft Report on the Proposal of August 22, 2006.

¹¹ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, Final Text 1 December 2011.

¹² *Ibid*, *supra* 5.

- (a) as factors tending to the law of the State in which the transferee or licensee has her/his habitual residence at the time of conclusion of the contract:*
- the transfer or licence concerns intellectual property rights granted for the State of the transferee's or licensee's habitual residence or place of business;*
 - the transferee or licensee has the explicit or implicit duty to exploit the right;*
 - the royalties or other form of money consideration is expressed as a percentage of the sales price;*
 - the licensee or transferee has a duty to report about her/his efforts to exploit the rights;*
- (b) as factors tending to the law of the State in which the creator, transferor or licensor has her/his habitual residence at the time of conclusion of the contract:*
- the transfer or licence concerns intellectual property rights granted for the State of the transferor's or licensor's habitual residence or place of business;*
 - the transferee or licensee has no other explicit or implicit duty but to pay a flat sum as money consideration;*
 - the licence is for a single use; – the creator of the protectable subject matter has the duty to create that matter.*
- (3) If no clear decision can be made under paragraph 2 and the transfer or licence concerns intellectual property rights for only one State, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that State. If the transfer or licence concerns intellectual property rights for multiple States, it shall be presumed that the State with which the contract is most closely connected shall be the State in which the creator, transferor or licensor has her/his habitual residence at the time of conclusion of the contract."*

It is our opinion that the solutions contained here are very precise and that the European Commission should take into consideration within the process of adoption of the new regulations in this domain. This will be especially beneficial for the parties of know-how agreements which are already facing great difficulties in the process of drafting the content of the agreement and its enforcement due to the secret and unprotected character of know-how. Therefore, having a clear-cut solution for determination of applicable law will significantly contribute towards facilitation of the process of resolution of the disputes.

2.2 Determination of applicable law for know-how agreements according to the Macedonian Private International Law Act

In the spirit of harmonization with the legislation of the EU, the Macedonian Private International Law Act ("MPILA")¹³ prescribes a priority of the principle of party autonomy in terms of determination of the applicable law. If not selected, as applicable law to the contract shall be considered the law of the country with which the agreement is most closely connected. MPILA does not refer only generally to the law of the State with which the contract is closely connected. Namely, Macedonian PILA contains a clear provision, which states that the closest relationship exist with the State in which at the time of receipt of the offer has its the residence or registered office the party which is bound to fulfill the characteristic performance of this type of contract, with the reservation that under special circumstances of the case, the contract may be more closely connected with the law of another country.¹⁴

Application of the aforementioned criteria on situations when the parties failed determined applicable law for know-how agreements would result in designation of the law of the licensee, or assignor of know-how.

3. DETERMINATION OF COMPETENT FORUM FOR KNOW-HOW AGREEMENTS

Resolution of the conflict of laws issue i.e. the determination of law which will be applicable for regulation of know-how agreements, does not resolve the problem of conflict of jurisdictions, or the designation of the court, which will be competent to resolve the disputes between the parties.¹⁵

In a vast bulk of cases the parties of the agreement insert a choice-of-court clause – i.e. they determine in advance the court under whose regulation will be settled the future disputes. Prorogation or derogation clauses are often included in international commercial contracts and thus contribute to the legal certainty and foreseeability. In practice, however, different interests of the parties mean that agreements on jurisdiction will seldom be reached after the dispute arose. Nonetheless, from an academic point of view, choice-of-court agreements might be an "elegant" and efficient way to avoid the application of complex jurisdictional rules and fragmentation of litigation.¹⁶ However, if they failed to insert such a clause in case when a dispute arises is imposing the question of competent court/jurisdiction.

¹³ Macedonian Private International Law Act, Official Gazette of RM (N.87/07, 165/2010).

¹⁴ Dabovik-Anastasovska, J, *ibid supra*, 1, p. 289.

¹⁵ Dabovik-Anastasovska, J, *ibid supra*, 1, p. 290.

¹⁶ Kono, T., *Ibid, Supra* 5.

3.1 Selection of competent forum within the EU legislation

On a European level relevant provision concerning the selection of competent forum and its determination in absence of choice-of-court clause are contained in the *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, so-called (Brussels I Regulation).¹⁷

According to the Article 23 of this Regulation entitled *Prorogation of Jurisdiction*, parties are free to make a choice-of-court agreement with regard to any legal relationship. Choice-of-court agreements are deemed to be exclusive unless the parties agree otherwise. Brussels I Regulation does not require any specific connection between the dispute and the forum state, but for a choice-of court agreement to be enforceable, at least one of the parties has to be resident in the Member State. Choice-of-court agreements conferring jurisdiction upon court of a Member State are enforceable even if both parties reside in the same Member State. Conversely, in cases where neither of the parties is resident in a Member State, courts of other Member states shall have no jurisdiction unless the court chosen has declined its jurisdiction (Article 23(3)). Parties' freedom to enter into choice-of court agreements is limited by the mandatory nature of exclusive jurisdiction rules from which the parties cannot escape.¹⁸ According to the established practice of the European Court of Justice (ECJ), the Brussels I Regulation does not provide courts other than designated by the parties with the possibility to control the grounds of jurisdiction of a court chosen by the agreement. Nevertheless, courts can declare null and void choice-of-court agreements which are considered unfair.¹⁹

In cases where the parties failed to insert a choice-of court agreement the competent court shall be determined on the basis of Article 2 and Article 5 of this Regulation. Under the basic rule contained in Article 2 of the Brussels I Regulation, as competent courts shall be considered the courts of the Member State where domicile have the defendant, whereby as competent could also be considered the courts of the state where the obligation should be performed (Article 5). The Regulation also contains a special provision for determination of the domicile of the legal entities. According to Article 60 is considered that a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its: (a) statutory seat, (b) central administration, or (c) principal place of business.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.

¹⁸ Kono, T., *Ibid*, Supra 5.

¹⁹ Kono, T., *Ibid*, Supra 5.

In relation to know-how agreements, the special jurisdiction in absence of choice-of-court agreements could be determined on the basis of the provisions contained in article 5. More precisely, according to Article 5(1):

“A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued:

(a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question;

(b) for the purpose of this provision and unless otherwise agreed, the place of performance of the obligation in question shall be:

- in the case of the sale of goods, the place in a Member State where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered,

- in the case of the provision of services, the place in a Member State where, under the contract, the services were provided or should have been provided.”

It is our opinion that based on these provisions the competent forum may be designate according to the legal nature of know-how, which is subject of transfer. If the transferred know-how is from a technical nature and is used mostly in a process of production and sale of goods, the competent forum may be designate according to Article (5)(1)(b)(1). In an opposite case when the transferred know-how is mostly used in process of providing services the competent forum may be designate according to Article (5)(1)(b)(2).

CLIP Principles in their final version of 2011 give a very useful and precise solution for resolution of this ambiguity. Namely, within Section 2 entitled *Special Jurisdiction* is contained Article 2:201, which clarifies the determination of the competent forum for matters related to contracts, and states that:

“(1) In disputes concerned with contractual obligations, a person may be sued in the courts of the State where the obligation in question is to be performed.

(2) In disputes concerned with contracts having as their main object the transfer or licence of an intellectual property right, the State where the obligation in question is to be performed shall be, for the purposes of this provision and unless otherwise agreed, the State for which the licence is granted or the right is transferred. When this provision offers the sole basis of jurisdiction, the court shall have jurisdiction only with respect to activities relating to the licence or transfer of the intellectual property right for that particular State.”

The clear-cut solutions contained here are very precise and they could lead towards facilitation of the process of designation of competent court that will be beneficial as for the states, as well as for the parties of the agreement and for keeping their legal certainty and economic efficiency. However, as most of the proposed amendments for determination of applicable law, they are still not embodied in any official text of EU.

3.2 Determination of the competent forum according to the Macedonian legislation

According to the Macedonian Private International Law Act the parties are also free to designate the competent court/forum for resolution of the further disputes. However, there are some limitations according to possibility for designation on a foreign forum. Article 56 of MPILA, states that the parties may agree on the jurisdiction of a court of a foreign country only if at least one of them is a foreign citizen or a legal person with its seat abroad and the dispute in question is not a dispute in respect of which, according to provisions of this or another act of the Republic of Macedonia, the court of the Republic of Macedonia has exclusive jurisdiction. If based on the circumstances the Macedonian court is found competent then according to the current legislation as competent shall be considered some of the courts in first instance. Same as the EU legislation in this domain, there are no specific provision for determination of competent court for know-how agreements in absence of choice.

4. DETERMINATION OF ARBITRAGE AS METHOD OF RESOLUTION OF THE DISPUTES

For know-how agreements, as well as for in any matter connected with international trade, the parties often have resource to arbitration to settle their disputes.²⁰ In this case, they should be particularly careful to specify in the contract the procedure to be followed for the designation of arbitrators or to refer to an arbitration institute which is to deal with the designation of arbitrators or with the arbitration itself.²¹ They should also take care to refer to the arbitration procedure and to allow the arbitrators to decide on their competence.²² It is also advisable to provide that the arbitration clause or agreement will survive the main agreement of which it is a part.²³

²⁰ UNECE, (1970) '*Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineering industry*', New York. Article 90(i).

²¹ *Ibid*, Article 90(ii).

²² *Ibid*, Article 90(iii).

²³ *Ibid*, Article 90(iv).

It could be said that all disputes that arise from the know-how agreements may be subject to arbitration. However, when parties insert an arbitration clause they should consider to some of the limitations of its competence, which are related either to the quality of the parties, either to the object of the dispute. For example, in relation to the quality of the parties, the arbitration could not be competent to decide about the employment relationships between the parties, for the employee's salaries, etc. When it comes to the object of the dispute, it should be mentioned that the arbitration is not able to decide about the existence of the rights, tax policies, permissions for import or export, etc.

In a relation to the know-how agreements the designation of arbitration as a method of resolution of disputes will be especially beneficial considering the following reasons:

a) Confidentiality – Know-how which is a subject of the agreement and thus to the dispute, does not have any other legal protection beside the agreement for keeping of its secrecy by the parties. Designation of the arbitration will significantly reduce the number of parties which could get familiar with the scope and the characteristic of know-how and therefore to limit the possibility of its divulgation. This will not be possible if the parties decided to resolve the issue before a competent forum.

b) Technical competence of the arbitrators – The disputes arising from the utilization of know-how often include very complex questions for whose settlement the judges might not have the appropriate capacity. Therefore, designation of the arbitrator who possesses the required qualification will significantly contribute towards the achievement of more accurate and efficient solution.

c) Celerity – The aforementioned qualities of the arbitration as a method of resolution of the disputes contribute towards faster resolution of the disputes which is among the primary interests of every party of the dispute.

CONCLUSION

The current legislation of the EU and Republic of Macedonia in the field of International Private Law related to the agreements of transfer of intellectual property rights, contains a certain degree of satisfactory provisions in terms of dispute resolution. Unfortunately, although these provisions are applicable for transfer of IPRs they are not directly related to them (nor to know-how agreements), thus can be applied only in certain cases and under great uncertainty. This situation gets particularly delicate in circumstances when the know-how agreements are becoming one of the most competent forms of agreements for technology transfer between the market entities. Hence, in near future it will be necessary to be adopted more precise rules governing the general conditions and terms for these agreements and thereby the adoption and unification of the provisions related to the determination of applicable law and competent forum in absence of choice. Initiatives recently taken by the private

bodies in this area, such as the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property show greater awareness of the need for adoption of these types of provisions and also tend towards their unification. However, the main actors such as the European Commission, European Parliament and the European Council have not yet responded to the initiatives and proposals of these bodies for clarification of the provisions related to the determination of the applicable law and competent forum in particular for IPRs-related agreements. Also, Republic of Macedonia, which seeks to join the European Union, should consider the clarification of the legislation in this domain. It could follow the legislations of some of the EU Members, like for example Croatia whose present Private International Law Act in Article 20(19) contains specific and quite precise provision that applies to the determination of the applicable law for transfer of technology agreements in the absence of choice.

We sure hope that in a near future special provisions related to the determination of the applicable law and competent forum for know-how agreements will be amended to the relevant regulations on national as well on international level that that it will lead towards greater legal certainty for the contractual parties and on a broader scale towards significant affirmation of the know-how agreements.

REFERENCES

- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.
- Dabovik-Anastasovska, J. (2009). *Dogovor za licenca, nacin za vodenje biznis*. Skopje: Centar za evropsko primeneto pravo i ekonomija - CEPPE.
- European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) ‘*Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations („Rome I“) of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs’* Draft Report on the Proposal of August 22, 2006, available online: http://cl-ip.eu/_www/en/pub/home.html, last access, September, 24, 2015.
- European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*, Final Text 1 December 2011, available online: http://cl-ip.eu/_www/en/pub/home.html, last access September, 23, 2015;

- Macedonian Private International Law Act, Official Gazette of RM (N.87/07, 165/100);
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16. Available online: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>..
- T. Kono, (2011) '*Jurisdiction and Applicable Law in Matters of Intellectual Property (La Competence Et La Loi Applicable En Matière De La Propriété Intellectuelle*', General Reports on The XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Chapter 17, available at: http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-007-2354-2_17 , pp. 393-421, last access, September 25, 2015.
- UNECE, (1970) '*Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineering industry*' United Nations, New York.

